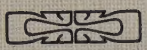
Die
Höchstbetragshypothek.



Von

Ludwig Schiesser,
Rechtspraktikant in Neumarkt, Oberpfalz.

Würzburg
Paul Scheiners Buchdruckerei, Dominikanerstrasse 6
1906.

Die
Höchstbetragshypothek.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doctorwürde

bei der

Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Ludwig Schiesser,
Rechtspraktikant in Neumarkt, Oberpfalz.

ACAD. LUGDUNAT. BIBL.

Würzburg
Paul Scheiners Buchdruckerei, Dominikanerstrasse 6
1906.

Meiner

LIEBEN MUTTER!

Uebersicht.

I. Abschnitt.

Die Kautionshypothek in den Landesrechten.

§ 1. Allgemeine Bestimmungen 1
§ 2. Eigentümerhypothek 12
§ 3. Abtretung 14
§ 4. Umwandlung der Kautionshypothek 15
§ 5. Verpfändung von Kautionshypotheken 16
§ 6. Die Kautionshypothek im Zwangsversteigerungsverfahren 16

II. Abschnitt.

Die Höchstbetragshypothek nach B.G.B.

§ 7. Allgemeine Bestimmungen 17
§ 8. Eigentümerhypothek 33
§ 9. Abtretung 44
§ 10. Feststellung der Forderung und Umwandlung der Höchstbetragshypothek 51
§ 11. Verpfändung und Pfändung 56
§ 12. Die Höchstbetragshypothek im Zwangsversteigerungsverfahren 64

Boehm:	Reichsgrundbuchrecht. Hannover 1898.
Bruck:	Die Eigentümerhypothek. Jena 1903.
Dernburg:	Bürgerliches Gesetzbuch. 3. Aufl. 1904.
Eck:	Vorträge über das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches, mit Anmerkungen versehen von Leonhard. Berlin 1904.
Endemann:	Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1905.
Enneccerus:	Das bürgerliche Recht. Marburg 1898.
Fischer-Henle:	Bürgerliches Gesetzbuch. München 1904.
Fuchs:	Grundbuchrecht. Berlin 1902.
Gierke:	Deutches Privatrecht. II. Bd. Leipzig 1905.
Hachenburg:	Beiträge zum Hypotheken- und Grundschuldrecht des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich. (2. Lesung.) Mannheim 1895.
	Das bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich. Vorträge, gehalten in den Jahren 1896/97. Mannheim 1900.
Hirsch:	Die vorläufige Eigentümerhypothek. Archiv für bürgerl. Recht. Bd. 25. S. 222.
Hoeinghaus:	Die neuen preussischen Grundbuch- und Hypothekengesetze. Berlin 1872.
Jaeger:	Kommentar zur Konkursordnung. Berlin 1904.
Jaeckel:	Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. Berlin 1904.
Koch:	Zur Behandlung der Kautionshypothek im Zwangsversteigerungsverfahren. Zeitschrift f. Rechtspflege in Bayern. 1905.
Kretzschmar:	Einführung in das Grundbuchrecht. Leipzig 1902.
Kuhlenbeck:	Das bürgerliche Gesetzbuch. Berlin 1903.
Lafrenz:	Behandlung der Sicherungshypotheken in der Zwangsversteigerung. Gruchot: Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Bd. 46.
Landsberg:	Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1904.
Maenner:	Das Sachenrecht nach dem bürgerlichen Gesetzbuch und der Grundbuchordnung f. d deutsche Reich. 2. Aufl. München 1906.

Matthiass:	Lehrbuch des bürgerl. Rechts. II. Bd. Berlin 1900.
Meibom:	Zum Hypotheken- und Grundschuldrecht des Entwurfs eines bürgerl. Gesetzbuchs f. d. deutsche Reich. Archiv für zivilistische Praxis. 44. Bd. Freiburg 1889.
Meisner:	Sachenrecht. Breslau 1901.
Meyer:	Zeitschrift für das Notariat und für die freiwillige Rechtspflege in Bayern. 1904. S. 73.
Motive	zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs, amtl. Ausgabe. Berlin 1896.
Mueller-Meikel:	Das bürgerliche Recht. München 1904.
Neumann:	Handausgabe des bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1905.
Oberneck:	Reichsgrundbuchrecht. Berlin 1904.
	Das Hypothekenrecht des B.G.B., Vortrag, gehalten im Berliner Anwaltverein. Berlin 1897.
	Die Eigentümerhypothek im Lichte der Praxis. Gruchot Bd. 47.
	Die Formulierung der Kredithypothek. (Zeitschr. des deutschen Notarvereins. 4. Jahrg. Halle 1904. S. 75.)
Ostermeyer:	Handbuch des Sachenrechts. Königsberg 1899.
Petersen:	Zivilprozessordnung. Lahr 1901.
v. d. Pfordten:	Kommentar zum Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. München 1905.
Planck:	Sachenrecht. Berlin 1906.
Predari:	Die Grundbuchsordnung. Berlin 1900, 1902, 1904, 1906.
Protokolle	der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuchs, bearbeitet von Achilles, Gebhard, Spahn. Berlin 1899.
Rathenau:	Der Übergang der Kautionshypothek nach § 1190 B.G.B.
	Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 17 S. 197. Berlin 1900.
Rechtsprechung	der Oberlandesgerichte, herausgegeben v Mugdan und Falkmann. Leipzig.
Reinhard:	Über die Behandlung der Maximalhypothek bei der Verteilung des Zwangsversteigerungserlöses (Das Recht. 6. Jahrgang. 1902. S. 31.)

Seuffert:	Kommentar zur Zivilprozessordnung. München 1905.
Scherer:	Sachenrecht des B. G. B. Erlangen 1899.
Schwind:	Wesen und Inhalt des Pfandrechts. Jena 1899.
Staudinger:	Sachenrecht. München 1903.
Steiner:	Gesetz über Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. München 1905.
Turnau-Foerster:	Das Liegenschaftsrecht. Paderborn 1902.
Weyl:	Vorträge über das bürgerliche Gesetzbuch. II. Bd. München 1900.
Willenbuecher:	Das Liegenschaftsrecht des B.G.B. Berlin 1904.

I. Abschnitt.

Die Kautionshypothek in den Landesrechten.

§ 1. Allgemeine Bestimmungen.

I. Das wirtschaftliche Bedürfnis, Forderungen, die ihrem Betrag oder ihrer Entstehung nach oder nach beiden Richtungen unbestimmt sind, zu einer Zeit dinglich sicher zu stellen, zu der der Gläubiger auf einem wenig oder gar nicht belasteten Grundstück noch ausreichende Sicherheit finden kann, haben auch die Landesgesetze vor Einführung des „Bürgerlichen Gesetzbuchs" anerkannt und zur Sicherung solcher Forderungen die Eintragung einer Hypothek gestattet.

Für diese Art von Hypotheken war fast allgemein die Bezeichnung „Kautionshypothek" gebräuchlich.[1]

[1] In das preussische Eigentumserwerbsgesetz vom 5. Mai 1872 ist diese Bezeichnung speziell in § 24 aufgenommen; sie findet sich weiter bei:

Foerster-Eccius: Preussisches Privatrecht, Berlin 1896, Bd. III, S. 469.

Stobbe: Handbuch des deutschen Privatrechts, Berlin 1888, S. 378.

Exner: Das österreichische Hypothekenrecht, Leipzig 1876, S. 618.

Gruetzmann: Lehrbuch des sächsischen Privatrechts, Leipzig 1887, S. 303.

Regelsberger: Das bayerische Hypothekenrecht, Leipzig 1896, gebraucht neben dem Ausdruck „Kautionshypothek" auch die Bezeichnung „Sicherheitshypothek", vgl. dazu „Studien im bayerischen Hypothekenrechte", Erlangen 1872, S. 7.

Es ist auch nicht ohne Interesse die von Meibom im „Archiv für zivilistische Praxis", Freiburg 1889, Bd. 74, S. 356 vorgebrachten Bedenken gegen den Namen „Sicherungshypothek" kennen zu lernen.

II. Die Forderungen, die durch Kautionshypotheken gesichert werden können, sind verschiedener Natur:

Die Forderung besteht und ist dem Betrage nach bestimmt, die Beteiligten wollen aber von der Eintragung eines endgiltig festen Betrags absehen oder kennen die Höhe des Betrags überhaupt noch nicht; oder es kann die Forderung zwar bestehen, der Betrag aber nicht nur den Parteien unbekannt, sondern überhaupt unbestimmt sein (Schadensersatzforderung). Es kann aber auch sein, dass die Forderung selbst noch nicht besteht und es kann zudem ungewiss sein, ob und in welchem Betrag sie entstehen wird. Bei Forderungen der letzteren Art kann schon ein bestimmtes Rechtsverhältnis vorliegen, das ohne oder mit Zutun der darin stehenden Personen Quelle von Forderungen werden kann, z. B. Pacht, Amtsführung, Vormundschaft. Regelsberger[2] bezeichnet diese Forderungen als die künftig möglichen aus bestehendem Grundverhältnisse. Es kann aber auch das Rechtsverhältnis selbst nur als möglich vorausgesetzt werden, der Forderung also noch jeder rechtliche Grund fehlen (Forderung aus einem in Aussicht gestellten Darlehen).[3] Regelsberger[2] nennt diese Forderungen die künftig möglichen im absoluten Sinn.

Meibom: Hypothekenrecht für Mecklenburg, Leipzig 1871, S. 131, spricht von „Ultimathypotheken", ebenso

Dernburg: Preussisches Hypothekenrecht, Leipzig 1891, S. 199, der aber hierunter nur Hypotheken zu gunsten fester Schulden versteht, bei denen nur die Relation zur heimischen Währung eine ungewisse ist, dagegen für Hypotheken, die zur Sicherung künftiger, der Existenz wie der Höhe nach unbestimmter Forderungen, ebenfalls die Bezeichnung „Kautionshypothek" wählt.

Bei den gemeinrechtlichen Schriftstellern finden wir die „Kredithypothek" erwähnt:

Windscheid: Pandektenrechte, Frankfurt 1900, Bd. I, § 242.
Dernburg: Pandekten, Berlin 1888, S. 665.

[2] Regelsberger: Studien im bayerischen Hypothekenrechte, Erlangen 1872, S. 5.

[3] Dernburg: Preussisches Hypothekenrecht, S. 201.

1. Allgemein wird eine Hypothekbestellung für künftige Forderungen aus bestehendem Grundverhältnisse für zulässig erachtet. Verschiedene Landesgesetze gewähren für Forderungen, die aus einem derartigen Grundverhältnisse (Vormundschaft, Kassenverwaltung) entstehen, einen gesetzlichen Rechtstitel zur Erwerbung einer Hypothek. Solche gesetzliche Hypothektitel stehen z. B. Minderjährigen an den Liegenschaften des Vormunds oder dem Staat oder öffentlichen Gemeinden an den Liegenschaften der Verwalter zu wegen etwa aus der Führung der Vormundschaft oder Verwaltung entstehender Ansprüche. Das bayerische Hypothekengesetz vom 1. Juni 1822 § 12 Ziff. 2 und 5, das sächsische bürgerliche Gesetzbuch vom 1. März 1865 §§ 392, 393 1902 und der code civil Art. 2121, 2135, 2195[4] führen solche Hypothektitel an.[5]

Auch nach österreichischem Recht erklärt es Exner für zulässig, Hypotheken für künftige Forderungen zu bestellen, wenn bereits ein Rechtsverhältnis, aus dem sich die Forderungen entwickeln können, vorliegt.[6]

2. Weniger bestimmt ist zu ersehen, ob vor dem B. G B. Hypothekbestellungen für „künftig mögliche Forderungen im absoluten Sinn" statthaft waren.

Für das römische Recht wird dies mit Rücksicht auf 15 pr. de pignoribus 20,1 anzunehmen sein. Es wird an

[4] Motive Bd. III S. 601, Zachariae Handbuch des franz. Zivilrechts, Freiburg 1895, Bd. II, S. 42.

[5] Das preuss. Eigentumserwerbsgesetz und die ihm nachgebildeten Gesetze kennen derartige Titel nicht. Es kann vielmehr bei den im allgemeinen Landrecht vorkommenden gesetzlichen Ansprüchen auf Eintragung einer Hypothek, wie solche dem Legatar (I 12 § 290) der Ehefrau (II. 1. § 254) den Kindern (II. 2. § 176) den Pflegebefohlenen (II. 18 § 296) zustehen, die Eintragung, wenn sie der Erbe, Ehemann, Vater, Vormund nicht bewilligt, nur auf Grund einer rechtskräftigen Verurteilung geschehen.

Habicht: Die Einwirkung des B. G. B. auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse, Jena 1901, S. 626, 679

Hoeinghaus: Die neuen preussischen Grundbuch- und Hypothekengesetze, Berlin 1872, S. 123, zu § 19 E E. G.

[6] Exner: Das österreich. Hypothekenrecht. Leipzig 1876, S. 131.

dieser Stelle von einer Hypothekbestellung für eine futura obligatio gesprochen (künftig mögliche Forderung im absoluten Sinn), worunter keine obligatio in diem (hier Entstehung gewiss) oder sub conditione (hier wird das Dasein durch Parteientschluss von einem willkürlich bestimmten Zustande abhängig gemacht) verstanden sein kann, da beide schon vorher genannt sind . . . . . et sive pura est obligatio vel „indiem“ vel „sub condicione“ et sive in praesenti contractu sive etiam praecedat: sed et „futurae obligationis“ nomine dari possunt.[7]

Auch von den Schriftstellern des gemeinen Rechts wird die Zulässigkeit von Hypothekbestellungen für künftige Forderungen im absoluten Sinn nicht in Abrede gestellt.[8]

Die grosse Streitfrage für die Schriftsteller des gemeinen Rechts ist die: „In welchem Zeitpunkt kommt dieses Pfandrecht für eine künftige Forderung im absoluten Sinn zur Entstehung, mit der Pfandbestellung oder erst mit der Entstehung der Forderung?“

Alle Erörterungen gehen von folgenden Stellen aus:

l. 1 qui potiores in pignoribus 20, 4
l. 11 qui pot. 20,4 und
l. 4 quae res pignori 20,3.

Der ersten von Papinian erläuterten Stelle liegt folgender Tatbestand zu grunde:

Ein Ehemann hatte demjenigen, welcher ihm das Heiratsgut für die Frau zu geben versprach, wegen der Zurückgabe desselben ein Pfandrecht bestellt. Nachdem ein Teil des Brautschatzes abschläglich bezahlt war, verpfändete der Ehemann dieselben Sachen einem anderen Gläubiger. Hierauf

---

[7] Ihering: Lehrbücher für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd 15, S. 15.
Macheldy: Lehrbuch des heutigen römisch. Rechts, Giessen 1842, S. 130.
Seufferts Archiv, Bd. I, S. 410.

[8] Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts, Frankfurt 1900. S. 1103.
Hobschuher: Theorie und Casuistik des gemeinen Zivilrechts, II. Bd., Leipzig 1881, S. 520, 532.

erfolgte die Bezahlung des Rückstandes. Welches Pfandrecht sollte nun vorgehen?

Die Antwort lautet: Das Pfandrecht des Dotirers, wobei der Umstand, dass schon ein Teil des Heiratsguts zur Zeit der zweiten Verpfändung bezahlt war, ohne Belang ist. Wäre auch die ganze Summe erst nach der zweiten Pfandbestellung bezahlt worden, so würde dennoch die Hypothek des Dotirers gleich mit ihrer Bestellung begonnen haben. Das Versprechen des Heiratsguts war es, welches den Dotirer zur Bezahlung der ganzen Summe zwangsrechtlich verpflichtete; von dem Anfang der entstandenen Verbindlichkeit datiert auch die Hypothek.[9]

Bei den andern angeführten Stellen

l 11 qui pot. in pign. 20,4 und

l. 4 quae res pign. 20,3 handelt es sich um Forderungen unter einer in den nackten Willen des Pfandbestellers und Pfandempfängers gestellten Bedingung. Hier entsteht das Pfandrecht erst mit der Entstehung der Forderung eo tempore, quo pecunia numerata est.[10]

Diese Stellen widersprechen sich aber nur scheinbar, wie Vangerow[11] in klarer und treffender Weise ausführt; sie ergänzen sich vielmehr gegenseitig.

Vangerow kommt zu folgendem Ergebnis:

1. Wenn der künftige Gläubiger gebunden ist, also genötigt werden kann, durch eine Leistung von seiner Seite Gläubiger zu werden, so fängt stets das Pfandrecht vom Augenblick der Pfandbestellung, nicht erst von dem der geschehenen Leistung an.

2. Ist der künftige Gläubiger nicht gebunden, wohl aber der künftige Schuldner, so greift die nämliche Entscheidung Platz.

3. Wenn aber weder der Gläubiger noch der Schuldner gebunden ist, so beginnt das Pfandrecht erst mit dem Augenblick, wo das Schuldverhältnis wirklich zur Entstehung gelangt.

---

[9] Glueck: Ausführliche Erläuterung der Pandekten, Erlangen 1817, S. 327 ff.

[10] Baron: Pandekten, Leipzig 1893, S. 346.

[11] Vangerow: Lehrbuch der Pandekten, Marburg 1851, S 593.

Die grosse Mehrzahl der Schriftsteller kommt nach den verschiedenartigsten Bedenken und Erwägungen zu dem gleichen Resultat; nur bringen sie dies in ihren Ausführungen weniger scharf zum Ausdruck.[12]

Die Landesgesetze gestatten nicht schlechthin die Hypothekbestellung für künftige Forderungen im absoluten Sinn.

So enthält das allgemeine Landrecht für die preussischen Staaten von 1794 in Teil I Titel 20, § 14 nur die Bestimmung:

„Soweit wegen künftiger Ansprüche Kaution gefordert und geleistet werden kann, so können dergleichen Ansprüche durch Pfand oder Hypothek sicher gestellt werden."

Ob schon ein Rechtsverhältnis vorliegen müsse, darüber spricht sich das Landrecht nicht aus.

Von den Kommentatoren halten es Foerster[13] und Koch[14] für erforderlich, dass bei der Hypothekbestellung bereits ein Rechtsgrund für die spätere Forderung vorhanden sei.

Foerster-Eccius[15] kommt zu dem Resultat, dass eine Kautionshypothek auch für eine demnächst entstehende Verbindlichkeit haftet, die durch freie Willkür der bei der Eintragung noch nicht gebundenen Beteiligten nachher begründet wird. In gleichem Sinn spricht sich Dernburg[16] aus.

---

[12] Dernburg: Pfandrecht I, § 69, S. 520.
Dernburg: Pandekten, Berlin 1888, S. 665.
Windscheid a. a. O. S. 1103.
Macheldy S. 137.
Arndts Lehrbuch der Pandekten Stuttgart 1886 § 384, S. 744; vergl. Reichsgericht: 15. Dezember 1885, Bd. 14, S. 249. Auch im französ. Zivilrecht herrscht keine Klarheit, von wann ab eine Hypothek für eine zukünftige Hypothek datieren soll. Zachariae (a. a. O. S. 70) hält das Datum der Inskription für entscheidend; die entgegengesetzte Ansicht findet sich bei Scherer (Sachenrecht des B. G. B, Erlangen 1899, S. 248).

[13] Foerster: Theorie und Praxis des preussischen Privatrechts, Berlin 1874. S. 391.

[14] Koch: Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten Berlin 1886, S. 743.

[15] Foerster-Eccius: Preussisches Privatrecht, Bd. III, S. 468, 469.

[16] Dernburg: Preussisches Hypothekenrecht S. 201. Lehrbuch des preussischen Privatrechts, Halle 1894, S. 836.

Auch das bayerische Hypothekenrecht enthält keine ausdrückliche Bestimmung, ob künftig mögliche Forderungen im absoluten Sinn hypothekarisch sicher gestellt werden können.

Die Schriftsteller halten eine solche Hypothekbestellung für zulässig [17]

Eigenartig ist die Lehre von Regelsberger[18] über die Entstehung der Kautionshypothek.

Darnach entsteht durch den Eintrag der Kautionshypothek nicht unmittelbar ein wirkliches Hypothekrecht, der Eintrag begründet vielmehr nur eine dingliche Gebundenheit der Sache (vinculum juris). Erst mit Existentwerden der Forderung entsteht das Hypothekrecht; da aber dieses entstehende Hypothekrecht seinen Ursprung aus der eingetragenen Kautionshypothek herleitet, so ist im Verhältnis zu andern Hypotheken der Rang der Kautionshypothek massgebend.

So kommt Regelsberger auf Umwegen zu demselben Ergebnis, als wenn er durch die Eintragung der Kautionshypothek sofort ein wirkliches Hypothekenrecht entstehen liesse.

---

[17] Regelsberger: Das bayerische Hypothekenrecht S. 198: Studien S. 6,
sieht in den Prinzipien des Gesetzes kein Hindernis für derartige Hypothekbestellungen.

Goenner: Kommentar über das Hypothekengesetz. 2. Aufl. München 1868. Bd. I, S. 496.
Auch für künftige und eventuelle Rechte können Hypotheken mit allen denselben zustehenden Wirkungen erworben werden.

Lehner: Lehrbuch des bayerischen Hypothekenrechts und der Prioritätsordnung. I. Bd. Sulzbach 1840. § 12, S. 13

Auch der oberste Gerichtshof in Bayern gestattet in seiner Entscheidung: Bestellung einer Hypothek auf dem Anwesen des X gegen Verleihung des Heimatrechts für die dem X und seiner künftigen Familie aus dem Heimatrechte an die Armenpflege etwa erwachsenden Ansprüche (Sammlung von Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern in Gegenständen des Zivilrechts und Zivilprozesses. Erlangen 1873, Bd. II, S. 228.)

[18] Studien, S. 16.

Auch Dernburg[19] spricht von der Kautionshypothek als von einem „erst werdenden Hypothekrecht".

Ebenso gebraucht Windscheid[20] den Ausdruck Pfandgebundenheit und will damit den Zustand bezeichnen, der das Grundstück durch Errichtung einer Kautionshypothek ergreift.

Dagegen wendet sich Schott;[21] er führt aus, dass diese Pfandgebundenheit, von der Windscheid spricht, nur ein eigentlich dingliches Recht mit dem Inhalt des Pfandrechts, also nur ein Pfandrecht selbst sein könne.

Ebensowenig wie das bayerische Hypothekengesetz enthält das österreichische Grundbuchgesetz in der vorwürfigen Frage eine direkte Vorschrift.

Exner[22] kommt im Hinblick auf die Gepflogenheit der Praxis zu dem Schluss, dass bei Hypothekbestellungen für künftige Forderungen schon ein Rechtsverhältnis vorliegen müsse, aus dem die Obligation eventuell entstehen soll oder kann. Mit der Eintragung entsteht die Hypothek.

Das sächsische bürgerliche Gesetzbuch vom 1. März 1865 sagt im § 370, dass eine Hypothek auch für eine „künftige Forderung bestellt werden kann."

Gruetzmann[23] und Siegmann[24] zählen darunter auch solche, für welche noch keine rechtlich bindende Grundlage da ist. Mit dem Eintrag entsteht die Hypothek § 387 B.G.B.

Die Landesgesetze geben sohin keinen Aufschluss, ob bei Errichtung von Kautionshypotheken schon ein Grund-

---

[19] Dernburg: Preussisches Hypothekenrecht, S.62.

[20] Windscheid: Pandekten, § 242,. S.8.

[21] Ihering: Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Bd. 15, S. 15.

[22] Exner, S. 131; Entscheidung vom 1. Februar 1881 Z 14285. (Sammlung von zivilrechtlichen Entscheidungen des k. k obersten Gerichtshofes. 8273.)

[23] Gruetzmann: Lehrbuch des sächsischen Privatrechts, Bd. I Leipzig 1887, S. 387.

[24] Siegmann: k. sächsisches Hypothekenrecht, 1875, S. 39.

verhältnis bestehen müsse und haben hier der Auslegung weiten Spielraum gelassen.

III. Von den spärlichen Vorschriften der Landesrechte über Kautionshypotheken ist die wichtigste wohl die, nach der auch bei Kautionshypotheken das Spezialitätsprinzip gewahrt werden soll.

Das Spezialitätsprinzip erfordert, dass die Hypothekenbücher im Interesse der Rechtssicherheit genaue Auskunft geben sollen, in welcher Höhe die Grundstücke belastet sind: die Eintragung einer Hypothek kann daher nur für eine der Summe nach bestimmte Forderung erfolgen.

Solche Bestimmungen finden sich:

§ 11 bayer. Hypothekengesetz vom 1. Juni 1822,
§ 14 Abs. 1 allgem. Grundbuchgesetz f. Österreich, vom 25. Juli 1871,
§ 389 bürgerliches Gesetzbuch für Sachsen vom 1. März 1865,
§ 24 preuss. Eigentumserwerbsgesetz vom 5. Mai 1872,
Art. 11 württembergisches Pfandgesetz,
§ 13 mecklenburg. rev. Stadtbuchordnung.

Für Bayern wurde allerdings durch die Instruktion vom 13. März 1823 über den Vollzug des Hypothekengesetzes § 28 Ziff. 5 eine Ausnahme dahin geschaffen, dass bei Hypotheken für wiederkehrende Leibgedings- oder Auszugsreichnisse die genaue Anzeige, worin jene Leistungen bestehen, genügen solle.

Goenner[25] führt zur Rechtfertigung dieser Bestimmung an, dass jeder, der auf das Gut leiht oder es an sich bringen will, diese Leistungen, die er aus dem Hypothekenbuch kennt, selbst zu Geld und Kapital anschlagen kann.[26]

Der Gesetzgeber glaubte auch hier bei der ohne

[25] Goenner, II. Bd, S. 238.

[26] Ebenso der oberste Gerichtshof für Bayern: 17. März 1877, (Sammlung von Entscheidungen des obersten Gerichtshofs für Bayern in Gegenständen des Zivilrechts und Zivilprozesses Bd. 6, S. 566); der Gerichtshof erklärt aber in einer anderen Entscheidung eine Verweisung auf den Übergabsvertrag, worin die einzelnen Reichnisse aufgeführt sind, für unzulässig.

Schwierigkeit vorzunehmenden Berechnung der Höhe der Belastung das Spezialitätsprinzip aufrecht zu erhalten.

Die Praxis hat aber diese Absicht des Gesetzgebers teilweise verkannt und von der Bestimmung des § 28 Ziff. 5 der Instruktion eine zu weit gehende Anwendung gemacht.

So kann nach dem Erkenntnis vom 3. Juli 1833[27] des obersten Gerichtshofs von der Eintragung einer bestimmten Summe stets Umgang genommen werden, wenn die Summe nicht zu bestimmen ist; diesen Fall hält der Gerichtshof auch bei der „Kredithypothek“ für gegeben, wenn der Schuldner zum grösseren Betriebe seines Geschäfts von Jemand offenen Kredit erhält und zur Sicherheit diesem Kreditgeber sein Anwesen verpfändet.

Eine solche Ausdehnung der Vorschrift ist sicher nicht vom Gesetzgeber gewollt; mit Recht wendet sich Regelsberger[28] gegen einen derartigen Missbrauch des § 28 Ziff. 5.

Abhilfe schuf der Gesetzgeber durch einen Zusatz, den § 11 Hyp.-Ges. durch Gesetz vom 20. Dezember 1903 erhielt; dieser fordert die Angabe des Höchstbetrags auch bei Hypotheken für wiederkehrende Leibgedings- oder Auszugsreichnisse. Art. 41 A.G. zum B.G.B. gibt demjenigen, an den wiederkehrende Leistungen zu entrichten sind, das Recht, die Bestellung einer entsprechenden Reallast an dem Grundstück zu verlangen.[29]

Von dieser Ausnahmebestimmung — die für Bayern galt — abgesehen, verlangten die Landesgesetze bei Begründung einer Kautionshypothek die Eintragung einer bestimmten Summe, eines „Höchstbetrags,“ zur Bezeichnung der Haftungsgrenze nach oben.[30]

---

[27] Blätter für Rechtsanwendung, Bd. 14, S. 192.

[28] Regelsberger: Studien, S. 3.

[29] Henle Guetl: Hypothekengesetz, 5. Aufl. § 11, S. 10, Art. 218. E.G. zum B.G.B.

[30] Nach französischem Zivilrecht und nach badischem Landrecht kann bei Hypothekerrichtungen für künftige Forderungen der Gläubiger den Anschlag des Werts angeben, den der Schuldner nach Umständen mindern lassen kann.

IV. Die Frage, ob in den Höchstbetrag ausser der Hauptforderung auch Nebenleistungen einzurechnen sind, beantwortet Regelsberger[31] für das bayerische und Exner[32] für das österreichische Hypothekenrecht in bejahendem Sinn, so dass innerhalb des Höchstbetrags auch Zinsen und andere Nebenleistungen realisiert werden können.

Dasselbe gilt für das preussische Recht. Dagegen soll das Grundstück über den Höchstbetrag hinaus für die Kosten der Einklagung und Beitreibung haften.[33]

Für das sächsische Recht spricht sich Gruetzmann[34] dahin aus, dass in den Bestimmungen des Gesetzes §§ 389, 416 B.GB. kein Hinderungsgrund zu finden sei, das Grundstück ausser für den Höchstbetrag noch für die gesetzlichen Zinsen in Anspruch zu nehmen; auch für die Kosten habe dies zu gelten.

V. Zur Wirksamkeit der Kautionshypotheken hat — nach allen Landesrechten — der Gläubiger den Beweis zu führen, dass aus dem „gesicherten Verhältnis" Forderungen entstanden sind oder noch entstehen können.

Foerster-Eccius und Exner fordern den Nachweis der Identität der entstandenen mit der bei der Hypothekbestellung in Aussicht genommenen Forderung.[35]

Foertsch: Vergleichende Darstellung des code civil und des B.G.B. Berlin 1899, S. 321.

Zachariae: S. 69.

Hachenburg: Das badische Landrecht, Mannheim 1887, S 430.

[31] Regelsberger, S. 337; Beschluss vom 23. April 1892 in Sammlung von Entscheidungen des obersten Gerichtshofs in Bayern, Bd. 14, S 89.

[32] Exner: S. 269.

[33] Dernburg: Preuss. Hypothekenrecht, S. 202.
Foerster Eccius: S. 579, 580.
Entscheidungen des vorm. preuss. Obertribunals, Bd. III, S. 578.

[34] Gruetzmann: S. 301, 303 a. M. Siegmann, S. 238.

[35] Regelsberger: Hypothekenrecht, S. 191.
Exner: S. 244.
Foerster-Eccius: S. 595.
Gruetzmann: S. 288.
Stobbe: Handbuch des deutschen Privatrechts, Berlin 1888 S. 380.

§ 2. Eigentümerhypothek.

Vor dem B.G.B. haben die Gesetze, die Bestimmungen über die Eigentumshypothek enthalten, entweder direkt diese Vorschriften für unanwendbar bei Kautionshypotheken erklärt oder wenigstens sich nicht für deren Ausdehnung auf diese Hypotheken ausgesprochen.

Das römische Recht, das grundsätzlich ein Pfandrecht an eigener Sache nicht kennt: „pignus suae rei consistere non potest", hat in einigen Ausnahmefällen l. 17 D. qui pot. 20, 4 dem Eigentümer die Befugnis zugesprochen, nachstehende Pfandgläubiger von der Aneignung des in der Hypothek repräsentierten Vermögenswertes abzuhalten, — also eine lediglich gegen die Angriffe nachstehender Realberechtigter defensiv wirkende Eigentümerhypothek anerkannt.[1]

Im preussischen Recht wurde der Grund zur Eigentümerhypothek durch das Gutachten der Gesetzeskommission vom 10. Juli 1802 gelegt, das dann als Anhangsparagraf § 52 in das allgemeine Landrecht T. I 16 § 484 Aufnahme gefunden hat. Im preussischen Eigentumserwerbsgesetz finden wir die Eigentümerhypothek in §§ 63—66. § 67 schliesst jedoch die Anwendung dieser Vorschriften auf Kautionshypotheken aus.

Das bayerische Hypothekengesetz gewährt zwar dem Eigentümer in § 84 Abs. 1 beschränkte Rechte, indem es gestattet, dass der Schuldner nach erloschener, aber im Hypothekenbuch noch nicht gelöschter Hypothek den Rang einem neuen Gläubiger, jedoch für keine grössere Summe, einräumen kann.

Für Kautionshypotheken soll aber diese Bestimmung nur gelten, wenn es sich um Ersetzung einer Volihypothek durch eine Kautionshypothek handelt.

Uebereinstimmend erklären sich die Schriftsteller gegen

---

[1] Bruck: Die Eigentümerhypothek, Jena 1903, S. 6.

Ersetzung einer Kautionshypothek durch eine Vollhypothek oder auch nur durch eine andere Kautionshypothek.[2]

Massgebend für die so beschränkte Anwendung des § 84 war die Rücksicht auf die Lage der Nachhypothekare. Den Einwand, dass bei einem mit einer Kautionshypothek belasteten Grundstück die Nachhypothekare die vorgehende Belastung ersehen und berechnen können, weist Regelsberger[2] mit der Begründung zurück, dass im Verkehrsleben die Belastung mit einer Kautionshypothek und die mit einer Vollhypothek zu gleichem Betrage ganz verschieden in Rechnung gezogen würden und im ersteren Fall die Möglichkeit, weiteren Kredit zu erlangen, viel grösser sei als im letzteren.

Auch das österreichische allgemeine Grundbuchgesetz vom 25. Juli 1871 gibt dem Eigentümer, wenn ihm die Hypothekarforderung zusteht, in ähnlicher Weise wie das bayerische Hypothekenrecht, beschränkte Rechte; Exner[3] lässt jedoch für Kautionshypotheken ebenfalls diese Bestimmungen nicht gelten.

Aus denselben Erwägungen wie Regelsberger spricht sich auch Exner[4] gegen die Ersetzung einer Kautionshypothek durch eine andere Kautionshypothek oder durch eine Vollhypothek, wenn auch unter dem Betrag der Kautionshypothek, aus.

Das sächsische bürgerliche Gesetzbuch vom 1. März 1865 kennt formell die Eigentümerhypothek; sie ist jedoch hier nur als Durchgangsform gedacht. §§ 442, 443 B.G.B. Eine wesentliche Einschränkung besteht darin, dass bei der Zwangsversteigerung des Grundstücks der Eigentümerhypo-

---

[2] Regelsberger: Studien, S. 62, Hypothekenrecht, S. 283.
Goenner: Kommentar Bd. I, S.58.
Becher: Das rechtsrheinisch-bayerische Landeszivilrecht und Zivilprozessrecht. München 1896, I. Band S. 840.
Roth: Bayerisches Zivilrecht, II. Teil, Tübingen 1872, S. 465.

[3] Exner a. a. O. S. 675.

[4] Exner a. a. O. S. 621.

thek die Wirksamkeit gegen die nachstehenden Gläubiger versagt wird. § 444 B.G.B.[5]

Ob diese Bestimmungen für Kautionshypotheken zu gelten haben, ist bestritten.

Die von Kind[6] und Siegmann[7] geltend gemachten Bedenken hält Gruetzmann[8] nicht für stichhaltig und erklärt auch bei Kautionshypotheken die Umschreibung der Hypothek auf den Namen des Eigentümers ebenso wie die Abtretung seitens desselben für statthaft. Er weisst ausdrücklich darauf hin, dass die Nachhypothekare einen besonderen Anspruch, beim Wegfall der Kautionshypothek aufzurücken, nicht haben und nur verhindern können, dass über die ihnen vorgehende Rangstelle in gesetzlich unzulässiger Weise verfügt werde.

[5] Schwind: Wesen und Inhalt des Pfandrechts, Jena 1899, S.40.

[6] Kind: Archiv für zivilrechtliche Entscheidungen der sächsischen Spruchbehörden, 1881, S. 163.

[7] Siegmann a. a. O.: 1875, S. 126, hält das Recht der Nachhypotheken durch eine Ausdehnung der Eigentümerhypothek auf Kautionshypotheken für beeinträchtigt.

[8] Gruetzmann a. a. O.: 1887, S. 322.

§ 3. Abtretung.

Das preussische Recht gestattet die Übertragung der Kautionshypotheken.[1]

Für das bayerische Hypothekenrecht gehen die Auffassungen auseinander.

Während Goenner[2] die Kautionshypotheken als zur Abtretung ungeeignet erachtet, ist bei Regelsberger[3], — nach dessen Lehre durch die Bestellung einer Kautionshypothek nur der Keim zur künftigen Entstehung eines Hypothekenrechts gelegt wird, — die Abtretung der Kautionshypothek bedingt von der Möglichkeit der Übertragbarkeit des der Kautionshypothek zugrunde liegenden Rechtsver-

[1] Dernburg; Preuss. Hypothekenrecht, II. Bd. Leipzig 1891. S. 203.

Foerster Eccius, S. 581.

[2] Goenner: Bd. I, S. 503.

[3] Regelsberger: das bayerische Hypothekenrecht, S. 419.

hältnisses, wobei Regelsberger zwischen obligatorischen und nicht obligatorischen Grundverhältnissen unterscheidet.

Exner[4] spricht sich für die Zulässigkeit der Übertragung der Kautionshypotheken im österreichischen Recht aus.

Für das sächsische Recht lässt Siegmann[5] die Abtretung der Kautionshypotheken erst zu, wenn eine Forderung, die unter die Kautionshypothek fällt, bereits entstanden ist und erklärt die Übertragung der Kautionshypothek mit einer einzelnen aus dem Ganzen herausgerissenen Forderung für nicht zulässig, während Gruetzmann[6] unterscheidet, ob die Hypothek allgemein für alle aus der Geschäftsverbindung des Kreditgebers mit dem Schuldner künftig erwachsenden Ansprüche, oder für die Forderungen, welche bei Lösung der Geschäftsverbindung bestehen, bestellt ist; für den ersten Fall bejaht Gruetzmann die Zulässigkeit der Abtretung einer Forderung mit der Hypothek, für den zweiten Fall erklärt er eine derartige Übertragung vor Lösung der Geschäftsverbindung für nicht statthaft.

[4] Exner: S. 406: der Gläubiger mag das gesamte Hypothekarrecht für den ganzen Komplex künftiger Ansprüche (bis zu dem eingetragenen Höchstbetrage) unter Einem cedieren, er kann aber auch einen aliquoten oder einen ziffermässigen Teil seines Hypothekarrechts ausscheiden und abtreten.

[5] Siegmann, S. 105.

[6] Gruetzmann, S. 311.

§ 4. Umwandlung der Kautionshypothek.

Bezüglich der Umwandlung der Kautionshypothek in eine feste Hypothek besteht unter den Schriftstellern Streit, ob eine solche Umwandlung ohne Zustimmung der Nachhypothekare erfolgen könne.

Für das bayerische Recht wird die Zustimmung von Regelsberger[1] für das preussische von Foerster-Eccius[2] und für das sächsische von Siegmann[3] gefordert.

Dagegen gestatten die Umwandlung ohne Zuziehung

[1] Regelsberger: Studien S. 21.

[2] Foerster Eccius: S. 593.

[3] Siegmann: S. 107.

der Nachhypothekare für das preussische Recht Dernburg,[4] für das sächsische Gruetzmann.[5]

[4] Dernburg: Preuss. Hypothekenrecht, II. Bd. 1891, S. 207 ebenso: Entscheidungen des vorm. preuss. Obertribunals. Rehbein, Bd. III, S. 573. Dernburg a. a. O., S. 207, führt aus, dass sich die Nachhypothekare bei Begründung ihres Rechts klar sein müssen, dass die Kautionshypothek ein Uebergangsstadium bilde.

[5] Gruetzmann: S. 289.

§ 5. Verpfändung von Kautionshypotheken.

Aus den Landesgesetzen ist keine Bestimmung zu ersehen, wonach die Verpfändung von Kautionshypotheken unzulässig wäre.[1]

Für das bayerische Recht hält Regelsberger[2] eine hypothekarische Verpfändung von Kautionshypotheken als solchen mit einer geringen Ausnahme für nicht statthaft; einen Ersatz findet Regelsberger in der Verpfändung der aus dem Grundverhältnisse bereits entstandenen und der noch zu erwartenden Forderungen.

[1] Exner: S. 448, 406.
Foerster-Eccius: S. 311.
Gruetzmann: S. 484.

[2] Regelsberger: Studien S. 45.

§ 6. Die Kautionshypothek im Zwangsversteigerungs-Verfahren.

Die Landesgesetze schreiben übereinstimmend vor, dass bei Aufstellung des gesetzlichen Mindestgebots Kautionshypotheken mit dem im Hypothekenbuch eingetragenen Höchstbetrag anzusetzen sind.

Bayer. Subhastationsordnung vom 23. Februar 1879, Art. 2 Nov.;
sächs. Gesetz vom 15. August 1884 § 7;
preuss. Subhastationsordnung vom 15. März 1869 § 55;
für das österr. Recht Exner S. 574, 578.

Eine besondere Vorschrift enthält Art. 8 Nov. zur bayer. Subhastationsordnung: dass für Sicherungshypotheken der angesetzte Betrag bar zu erlegen ist.[1]

[1] Ortenau: Kommentar zur Subhastationsordnung, Nördlingen 1888, S. 187.

II. Abschnitt.

Die Höchstbetragshypothek nach B.G.B.

§ 7. Allgemeine Bestimmungen.

I. Die Hypothek, die uns in § 1190 B.G.B. als Unterart der schlichten Sicherungshypothek (§ 1184 B.G.B.) begegnet, hat vom Gesetzgeber einen Namen nicht erhalten; um so zahlreicher sind die Benennungen, die ihr in der Literatur beigegeben wurden: Kautions-[1], Maximal-[2], Ultimat-[3], Höchst-[4] und Höchstbetragshypothek.

Es wurde in dieser Abhandlung die Bezeichnung „Höchstbetragshypothek" gewählt, die sich aus dem Wortlaut des § 1190 B.G.B. ergibt und die Eigenart und den Charakter der Hypothek, bei welcher der höchste Betrag, bis zu dem

---

[1] Kautionshypothek:
Weyl: Vorträge über das B.G.B., II. Bd. München 1900 S. 121.
Eck: Vorträge über das Recht des B.G.B. mit Anmerkungen versehen. von Leonhard, Bd. II. Berlin 1904, S. 316.
Meisner: Sachenrecht, Breslau 1901, S. 277.
Protokolle: Berlin 1899, Bd. III, S. 688.
Motive: Berlin 1876, Bd. III, S. 767.

[2] Maximalhypothek:
Endemann: Einführung in das Studium des B.G.B., Berlin 1905, S. 523
Reichsgericht: 15. Juni 1903, Bd. 55 S. 217.

[3] Ultimathypothek:
Achilles Strecker, Grundbuchordnung 1901, S. 61,
Dernburg: Sachenrecht 1904, S. 655.

[4] Höchsthypothek:
Jaeger: Kommentar zur Konkursordnung, Berlin 1904, S. 401.
Kretzschmar: Einführung in das Grundbuchsrecht, Leipzig 1902, S. 411.
Maenner: Das Sachenrecht, München 1906, S. 426.

das Grundstück haftet, eingetragen wird, am besten zum Ausdruck bringt.[5]

II. Das B.G.B. enthält als kapitalistische das heisst auf einmalige Kapitalszahlung aus dem Grundstück zielende Geldbelastungs- oder Grundkreditformen:

1. die Hypothek
   mit ihren Unterarten der gewöhnlichen Hypothek oder Verkehrshypothek (Brief- oder Buchhypothek) und der Sicherungshypothek,
2. die Grundschuld,
3. die Rentenschuld.

Die Rentenschuld ist zwar Unterart der Grundschuld, wurde aber vom Gesetzgeber neben die Grundschuld gestellt und als selbständiges Rechtsinstitut behandelt; sie geht in erster Linie auf Zahlung einer Rente, nicht des Kapitals.[6]

Entgegen einem bei der Beratung der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des B.G.B. gestellten Antrag, neben der normalen Hypothek nur eine Sicherungshypothek, bei welcher der Höchstbetrag der Haftung eingetragen werde, zuzulassen und die Sicherungshypothek des Entwurfs als unvollkommene Hypothekform in das B.G.B. nicht aufzunehmen, wurde beschlossen, die Sicherungs-

---

[5] Diese Bezeichnung findet sich in:
Biermann: Sachenrecht, 1903, S. 416.
Fuchs: Grundbuchrecht, 1902, S. 617.
Gierke: Deutsches Privatrecht, II. Band, 1905, S. 906.
Mueller und Meikel: Das bürgerliche Recht, 1904, S. 918
Turnau-Foerster: Liegenschaftsrecht, 1902/3, S. 831.
Bayer. Dienstanweisung für die Grundbuchämter in den Landesteilen rechts des Rheins, 1905, S. 181.
Entscheidungen des Reichsgerichts: 19. März 1902, Bd 51, S. 117; 20. Januar 1904, Bd. 56, S. 323.
Entscheidungen der Oberlandesgerichte (Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, herausgegeben von Magdan und Falkmann).

[6] Maenner: Das Sachenrecht nach dem bürgerl. Gesetzbuche und der Grundbuchordnung f. d. deutsche Reich. München 1906, S 359.

hypothek neben der Kautionshypothek (Sicherungshypothek zu einem Höchstbetrage) aufrecht zu erhalten.[7]

Demgemäss enthält § 1184 B. G. B. die Bestimmung:

Eine Hypothek kann in der Weise bestellt werden, dass das Recht des Gläubigers aus der Hypothek sich nur nach der Forderung bestimmt und der Gläubiger sich zum Beweise der Forderung nicht auf die Eintragung berufen kann. Die Hypothek muss im Grundbuch als Sicherungshypothek bezeichnet werden.

Der accessorische Charakter der Sicherungshyypothek — in deren Wesen wir die alte gemeinrechtliche Hypothek wieder erkennen, — bildet ihr Hauptunterscheidungsmerkmal von der Verkehrshypothek, der gewöhnlichen Hypothek.

§ 1185 Abs. 2 schliesst einige für Verkehrshypotheken geltende Vorschriften von der Anwendung bei Sicherungshypotheken aus. Es sind dies folgende: §§ 1138, 1139 B. G. B.

In diesen Paragrafen wird der öffentliche Glaube des Grundbuchs auch auf die Forderung und auf die dem Eigentümer zustehenden Einreden erstreckt; ihre Anwendung verbietet sich von selbst bei Sicherungshypotheken, bei welchen der Schuldner dem Gläubiger und dem späteren gutgläubigen Erwerber gegenüber alle Einreden, die ihm aus der Forderung zustehen — auch soweit sie nach der Eintragung entstanden sind — geltend machen kann; § 1141 B. G. B.: demnach kann bei Forderungen auf Kündigung die Fälligkeit nur durch eine dem persönlichen Schuldner vom Gläubiger oder diesem von jenem erklärte Kündigung herbeigeführt werden. Der Eigentümer, welcher nicht persönlicher Schuldner ist, kommt bei der Kündigung weder activ noch passiv in Betracht.[8]

§ 1135 B. G. B.: Es können sohin die gemäss § 406 bis 408 B. G. B. dem Schuldner gegen die Forderung des neuen Gläubigers zustehenden Einwendungen (Aufrechnung,

[7] Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des B. G. B., bearbeitet von Achilles, Gebhard Spahn. Berlin 1889, Bd. III, S. 679, 681.

[8] Motive. Band III, S. 766.

Leistung an den früheren Gläubiger) auch von dem Eigentümer gegen den Anspruch aus der Hypothek geltend gemacht werden.

III. Als eine Unterart dieser Sicherungshypothek enthält § 1190 B.G.B. die Höchstbetragshypothek. Sie ist eine sogenannte „notwendige" Sicherungshypothek, da sie nur als Sicherungshypothek bestellt werden kann.[9]

Nach § 1185 B.G.B. ist bei ihr, wie bei allen Sicherungshypotheken, die Erteilung eines Hypothekenbriefs ausgeschlossen.[10]

Für die Höchstbetragshypothek gelten folgende Besonderheiten:

a. Es wird nicht der wirkliche Betrag der Forderung, sondern nur ein „Höchstbetrag" eingetragen, der die Haftungsgrenze, bis zu welcher das Grundstück für die Forderungen in Anspruch genommen werden kann, nach oben bezeichnet, während im übrigen die Feststellung der gesicherten Forderung und damit des hypothekarischen Anspruchs vorbehalten bleibt.

b. Der Höchstbetrag muss in das Grundbuch eingetragen werden.

c. Die Zinsen werden in den Höchstbetrag eingerechnet.

d. Die Forderung kann auch nach den für die Übertragung von Forderungen geltenden allgemeinen Vorschriften übertragen werden.

Durch diese Bestimmungen ist dem Verkehrbedürfnis — eine Hypothek für eine Forderung von unbestimmter Höhe zu bestellen — Rechnung getragen, während andererseits dem Spezialitätsprinzipe wenigstens durch den Eintrag eines bestimmten Geldbetrags entsprochen wird.

---

[9] Landsberg: Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1904, S. 770.

[10] Bei den preussischen Kautionshypotheken war das nicht der Fall. Leske: Bürgerliches Gesetzbuch und preussisches allgemeines Landrecht, Berlin 1900, S. 568.

1. Die Streitfrage, ob bei Hypothekbestellungen für künftige Forderungen schon ein Rechtsverhältnis vorliegen müsse, aus welchem sich die Forderungen zu entwickeln vermögen, oder ob schon im Hinblick auf die Möglichkeit der Entstehung einer Forderung eine Hypothek eingetragen werden könne, besteht für das bürgerliche Gesetzbuch nicht mehr.[11]

Es ist bei Bestellung einer Höchstbetragshypothek nicht erforderlich, dass die Forderung tatsächlich künftig oder ungewiss ist; auch für eine gegenwärtige Forderung kann eine Höchstbetragshypothek bestellt werden; allein von Belang ist die Angabe der Beteiligten, dass sie die Feststellung der Forderung einer späteren Zeit vorbehalten wollen. Es kann auch für eine Forderung, deren Betrag noch nicht bestimmt ist und bei der ein Grundverhältnis nicht besteht — also die Voraussetzungen für Errichtung einer Höchstbetragshypothek gegeben sind — eine gewöhnliche Hypothek bestellt werden, wenn die Beteiligten die Forderung als eine bestimmte angeben.[12] Es ist dies eine Folge des von unserm Grundbuchrecht anerkannten „formellen Konsensprinzips", das dem Grundbuchamt eine Prüfung der von Parteien vorgebrachten Tatsachen nicht vorschreibt.

Regelmässig wird die Bestellung von Höchstbetragshypotheken allerdings nur in Fällen erfolgen, in denen eine bestimmte Forderung noch nicht besteht, so bei Sicherheitsleistungen, z. B. des Niessbrauchers, durch dessen Verhalten die Rechte des Eigentümers gefährdet werden können.

Leistet ein Beamter Kaution für seine Kasse- oder Geschäftsführung, so ist es zweifelhaft, ob die Tätigkeit des Beamten überhaupt einen Anspruch des Hypothekgläubigers begründet.[13]

---

[11] Motive Bd. III, S. 638.

[12] Motive Bd. III, S. 620, 767.
Fuchs: Grundbuchrecht, S. 618.
Turnau-Foerster: Liegenschaftsrecht, S. 831.

[13] Hachenburg: Das bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich; Vorträge gehalten im Jahr 1896/97, Mannheim 1900, S 597.
Fuchs: S. 618.

Auch Nebenleistungen einer Forderung (Abschlussprovisionen, Kursdifferenzen) können durch Höchstbetragshypotheken sicher gestellt werden. Ebenso sichert sich bei Kreditverträgen der Gläubiger am zweckmässigsten durch Bestellung einer Höchstbetragshypothek; es werden hiedurch alle Schwierigkeiten vermieden, die durch Errichtung einer anderen Hypothek entstehen können und auch die Kosten berechnen sich geringer.[14]

Die Eintragung einer Höchstbetragshypothek wird weiter für den Fall der sogenannten „Goldklausel" vorgeschlagen. Soll nach dem Willen der Parteien die Forderung bei einer später eintretenden Währungsänderung in jetzigen Reichsgoldmünzen oder beim Fehlen solcher in anderen Goldmünzen bezahlt werden, — wird mithin ein Geldbetrag geschuldet, dessen Höhe sich nach dem jeweiligen Kurse des vom Schuldner anzuschaffenden Goldes bemisst, so wird ein gegenwärtig nicht zu bestimmender Geldbetrag geschuldet, dessen Eintragung unzulässig ist.[15]

Biermann[16] nimmt an, dass eine Hypothek, die ein Bürge für seine Schuld bestellt, nur eine Höchstbetragshypothek sein könne; wenn auch in diesem Falle regelmässig die Bestellung einer Hypothek nach § 1190 B.G.B. erfolgen wird,[17] so steht doch nichts im Wege, eine Sicherungshypothek oder gewöhnliche Hypothek zu bestellen.[18]

Die Behörden, denen nach Art. 91 E.G. z. B.G.B. das Recht verliehen ist, das Grundbuchamt um Eintragung einer Sicherungshypothek zu ersuchen, können nach Lage des Falls auch eine Höchstbetragshypothek eintragen lassen.

Von diesem Vorbehalt des E.G. haben Bayern A.G. zum B.G.B. Art. 89, 123 und Baden Gebrauch gemacht.

---

[14] Oberneck: „Die Formulierung der Kredithypothek" in Zeitschrift des deutschen Notarvereins, Halle 1904, S. 75.

[15] Biermann: Sachenrecht, 1903, S. 304.
Eck a. a. O.: S. 261.
Planck: Sachenrecht, 1906, S. 534.

[16] Biermann: S. 417.

[17] Staudinger: Sachenrecht, 1903, S. 523.

[18] Fuchs a. a O.: S. 618.

Dieser Art. 89 soll Ersatz schaffen für das nach § 12 Abs. 2 des Hypothekengesetzes vom 1. Juni 1822 den Stiftungen und Gemeinden zukommende Recht wegen der durch die Verwaltung ihres Vermögens entstehenden Forderungen auf den Grundstücken ihrer Verwalter Hypothek zu bestellen.

Ebenso kann nach § 54 des Gesetzes über Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898 das Vormundschaftsgericht — das die Art und den Umfang der Sicherheitsleistung nach seinem Ermessen bestimmt § 1844 Abs. 1 S. 2 B.G.B. — wenn die Voraussetzungen vorliegen, nach denen der Vormund, Pfleger oder Beistand §§ 1844, 1915, 1693 B.G.B. zur Sicherheitsleistung angehalten werden kann, das Grundbuchamt um Eintragung einer Höchstbetragshypothek an den Grundstücken des Vormunds, Pflegers oder Beistands ersuchen.[19]

Eine Höchstbetragshypothek begegnet uns auch in der Zivilprozessordnung: die Arresthypothek. Der im Arrestbefehl festgestellte Geldbetrag ist im Grundbuch als der Höchstbetrag zu bezeichnen, für welchen das Grundstück haftet.[20] §§ 923, 932 Z.P.O.

2. Die Begründung von Höchstbetragshypotheken erfolgt in gleicher Weise wie die von Sicherungshypotheken überhaupt, durch Einigung und Eintragung; die Ausnahmefälle, in denen eine Höchstbetragshypothek nur durch Eintragung, nicht durch Einigung bestellt werden kann, wurden bereits erwähnt.

a. Die Einigung muss gerade die Errichtung einer Höchstbetragshypothek zum Gegenstande haben, ist dies nicht der Fall und trotzdem eine Hypothek nach § 1190 B.G.B. eingetragen, so ist sie wegen mangelnder Einigung nichtig, wenn nicht nachträglich der Gläubiger die Eintragung genehmigt. Wird die Feststellung des Betrags der Forderung vorbehalten, so ist die Begründung einer Höchst-

[19] In diesem Falle bedarf es nur der Eintragung, nicht der Einigung. Achilles Strecker: Grundbuchordnung, I. Teil, Berlin 1901, S. 264.

[20] Auch zur Entstehung der Arresthypotheken bedarf es nur der Eintragung, nicht der Einigung.

betragshypothek als gewollt anzusehen und es kann nur eine solche eingetragen werden.[21]

Unzulässig ist die Eintragung einer Höchstbetragshypothek nach der einseitigen und willkürlichen Bestimmung eines Petenten.[22]

b. Für die Eintragung von Höchstbetragshypotheken gelten folgende Besonderheiten:

α) Dem Spezialitätsprinzip wird § 1190 B.G.B. dadurch gerecht, dass er bei Hypothekbestellungen für Forderungen von unbestimmter Höhe die Eintragung eines Höchstbetrags vorschreibt; es handelt sich hiebei nicht um ein lediglich formelles, sondern um ein materielles Erfordernis der Höchstbetragshypothek.[23]

Fehlt die Bestimmung des Höchstbetrags in der Eintragungsbewilligung, so darf ein Eintrag ins Grundbuch nicht erfolgen.

Die ohne Angabe des Höchstbetrags bewirkte Eintragung ist inhaltlich unzulässig im Sinne der G.B.O. § 54 Abs. 1 S. 2 und daher von Amtswegen zu löschen.[24]

β) Eine weitere Ausnahmebestimmung enthält Abs. 2 § 1190 B.G.B.: Ist die Forderung verzinslich, so werden die Zinsen in den Höchstbetrag eingerechnet.

Wie verhält sich diese Vorschrift zu § 1118 B.G.B.?

Lassen wir § 1118 B.G.B. seinem ganzen Inhalt nach für Höchstbetragshypotheken gelten, so würde das Grundstück über den Höchstbetrag hinaus für die gesetzlichen

---

[21] Motive Bd. III, S. 621, 767.

[22] Vgl. Beschluss des Kammergerichts: 19. Juli 1901. Rspr. des OLG. Bd. III, S. 364. Nachdem X durch einstweilige Verfügung zur Entrichtung einer im voraus zahlbaren Unterhaltsrente von monatlich 150 M. an seine von ihm getrennt lebende Frau Y verurteilt worden war, beantragte Y zur Sicherung dieses Anspruchs eine Hypothek zum Höchstbetrage von 1800 M. auf dem Grundstück ihres Mannes einzutragen. Der Antrag wurde zurückgewiesen.

[23] Motive Bd. III, S. 767.

[24] Best: Grundbuchrecht der neuen bürgerlichen Gesetzgebung für das deutsche Reich. Giessen 1896, S. 132.
Fuchs: S. 619. Oberneck S. 957. Turnau-Foerster S. 832.

Zinsen der Forderung sowie für die Kosten der Kündigung und der die Befriedigung aus dem Grundstück bezweckenden Rechtsverfolgung haften.[25]

Oder wird § 1118 B.G.B. durch § 1190 Abs. 2 B.G.B. völlig ausgeschaltet, und sind auch die Kosten in den Höchstbetrag einzurechnen?[26]

Maenner[27] liess das Grundstück über den Höchstbetrag für die Kosten und für die Verzugszinsen, die gegenüber dem Eigentümer entstehen § 1146 B.G.B. haften, während er die gesetzlichen Zinsen der persönlichen Forderung (§§ 288, 291, 452, 461, 849 B.G.B.) und etwaige Nebenleistungen in den Höchstbetrag einrechnete.

Nun spricht § 1190 Abs. 2 B.G.B. allgemein von „Zinsen," — wir müssen also alle Zinsen, sowohl die vertragsmässigen als die gesetzlichen in den Höchstbetrag einrechnen; ebenso ist Rückständen von Zinsen ohne Zeitgrenze bis zum Höchstbetrag der Rang des Kapitals zuzusprechen.[28]

Auch andere Nebenleistungen, deren Geldbetrag bei sonstigen Hypotheken nach § 1115 B.G.B. im Grundbuch eingetragen werden muss, haben in dem Höchstbetrage ihre Sicherung zu finden.[29]

Wegen der Kosten hat § 1190 B.G.B. keine Bestimmung getroffen; es kommt also § 1118 B.G.B. mit der Wirkung zur Anwendung, dass das Grundstück über den Höchstbetrag

---

[25] Zu diesem Schluss kommt Hecking:
Die Maximalhypothek des bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich. Leipzig 1902, S. 13.

[26] So früher Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch. München 1899, S. 529; jetzt: München 1904, S. 609:
Gesetzliche Kosten und Zinsen werden aber nicht eingerechnet.

[27] Maenner: das Recht der Grundstücke nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. München 1899, S. 293; jetzt: München 1906, S. 282: alle Zinsen, rechtsgeschäftliche und gesetzliche, sowie etwaige Nebenleistungen fallen in den Höchstbetrag.

[28] Turnau-Foerster: S. 832,
Staudinger: S. 524,
Kammergericht, Jahrbuch Bd. 21, S. 160.

[29] Fuchs a. a. O.: S. 619.

hinaus für die Kosten der Kündigung und der die Befriedigung aus dem Grundstück bezweckenden Rechtsverfolgung in Anspruch genommen werden kann.[30]

Die Eintragung des Zinssatzes ist unzulässig.[31]

γ) Keinen Aufschluss gibt § 1190 B.G.B. darüber, ob bei der Eintragung der Höchstbetragshypothek entsprechend § 1115 B.G.B. der Grund der Forderung, — das Rechtsverhältnis, aus dem die Forderungen entstehen sollen, — bezeichnet werden muss.

Achilles Strecker[32] und Kuhlenbeck[33] verneinen die Pflicht zur speziellen Bezeichnung der Forderung.

Nach Planck[34] spricht der Wortlaut des Gesetzes dafür, dass eine Ausnahme von § 1115 B.G.B. vorliegt. Während nämlich in den Motiven[35] und in Entwurf I § 1129 Abs. 1 nur von einem Vorbehalte der Feststellung des „Betrags" der Forderung die Rede ist, spricht § 1190 B.G.B. schlechthin von dem Vorbehalte der Feststellung der „Forderung". Eine Begründung der Fassungsänderung kann jedoch Planck in den Materialien nicht finden.

Eine andere Auffassung vertreten Boehm, Gierke, Hachenburg und Fuchs.

Boehm[36] und Gierke[37] verlangen die Angabe des Forderungsgrundes bei der Eintragung.

---

[30] Biermann: S. 417. Fuchs: S. 619. Kuhlenbeck: das bürgerliche Gesetzbuch. Berlin 1903, S 280. Kretzschmar: Einführung in das Grundbuchrecht. Leipzig 1902, S. 412. Maenner: S. 382. Motive Bd. III, S. 768. Ostermeyer: Handbuch des Sachenrechts. Königsberg 1899 S. 353. Planck: S. 714.

Protokolle, Bd. III, S. 768.

Reichsgericht im preuss. Justiz-Ministerialblatt 1888, S. 178.

[31] Oberneck: S 957.

[32] Achilles Strecker: S. 61.

[33] Kuhlenbeck: S. 279.

[34] Planck: S. 713.

[35] Motive Bd. III, S. 767.

[36] Boehm: Das materielle und formelle Reichsgrundbuchrecht. Hannover 1898, S. 294.

[37] Gierke: Deutsches Privatrecht, Leipzig 1905, Bd. II, S. 907, anders bei Hypothekbestellung für alle Forderungen s. u.

Hachenburg[38] sagt im Anschluss an die Motive:[39] Bei der Eintragungsbewilligung muss die Forderung charakterisiert sein, ihre Bezeichnung darf nicht vorbehalten bleiben, nur für den Betrag ist dies gestattet.

Fuchs[40] fordert allgemein bei Hypotheken nach § 1190 B.G.B. die Bezeichnung der Forderung gemäss § 1115 B.G.B. — und zwar auch dann, wenn die Parteien die Höchstbetragshypothek für alle etwaigen Ansprüche des Gläubigers gegen den Schuldner begründet haben, während in diesem Fall das Kammergericht in dem Urteil vom 30. Dezember 1901[41] von der Bezeichnungspflicht absieht und den in dem amtlichen preuss. Formular Abteilung III Nr. 5 der Anlage A zur preuss. Allg. Verf. vom 20. November 1899 enthaltenen Eintrag:

„Sicherungshypothek zum Höchstbetrage von 500 M. für den Zimmermeister X in Senfeld eingetragen ....“

für genügend erachtet.

Diesen letzteren Eintrag lassen Biermann[42], Dernburg[43], Gierke[44], Predari[45], Staudinger[46], Turnau Foerster[47] und Willenbücher[48] gelten, wenn alle Forderungen, die irgend wann oder aus irgend welchem

[38] Hachenburg: S. 597.

[39] Motive Bd. III, S. 767: Wird dagegen die Feststellung des Betrags vorbehalten . . . .

[40] Fuchs: S. 619.

[41] Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Bd 23 A. 237. Auch das Reichsgericht hat sich in dem Urteile vom 16. März 1898 (Gruchot, Bd. 42, S. 731) für Kautionshypotheken des Eigentumserwerbsgesetzes dahin ausgesprochen, dass bei Hypothekbestellungen für alle etwaigen Ansprüche von der Angabe eines bestimmten Schuldgrundes abgesehen werden könne.

[42] Biermann: S. 417.

[43] Dernburg: Sachenrecht, § 243.

[44] Gierke: S. 709.

[45] Predari: Grundbuchordnung II. Teil, S. 286.

[46] Staudinger: S. 523.

[47] Turnau-Foerster: S. 833.

[48] Willenbücher: Das Liegenschaftsrecht des B G.B., Berlin 1904, S. 254.

Grunde dem Gläubiger gegen den Schuldner entstehen können, hypothekarisch gesichert sein sollen.

Nun kann aber, auch wenn die Hypothek für alle entstehenden Forderungen bestellt wurde, leicht darüber Streit entstehen, welchen Umfang die Beteiligten bei der Errichtung der Hypothek geben wollten. Da der Gläubiger den Nachweis zu führen hat, sowohl dass ihm eine Forderung zusteht als auch, dass sie zum Kreis der hypothekarisch gesicherten Forderungen gehört, so wird er in jedem Falle darauf dringen, dass eine entsprechende Bezeichnung, wenigstens in die Eintragungsbewilligung aufgenommen werde. Diese Bezeichnung kann lauten: „Hypothek zum Höchstbetrage von . . . für alle aus dem Geschäftsverkehr des A mit dem Kaufmann B entstehenden Ansprüche.“[49]

Auch die bayer. Dienstanweisung für die Grundbuchämter in den Landesteilen rechts des Rheins 1905 § 419 II, S. 181 verlangt, dass bei der Eintragung ersichtlich gemacht werde, ob „alle“ zwischen dem Gläubiger und dem Eigentümer oder einer andern Person bestehenden oder noch entstehenden Forderungen bis zu dem bestimmten Höchstbetrage unter die Hypothek fallen. Die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung wird für ausreichend erachtet.[50]

Fehlt es an einer entsprechenden Bezeichnung, so kann eine Ergänzung des Vermerks beantragt werden.[51]

δ) Litteratur und Praxis nehmen an, dass bei der Eintragung der Höchstbetragshypothek auch bezüglich der Angabe des Gläubigers gemäss § 1115 B.G.B. eine Ausnahme Platz greife:

So erklärt das Kammergericht[52] für zulässig, dass bei Bestellung oder während des Bestehens der Höchstbetrags-

---

[49] Oberneck: Reichsgrundbuchrecht 1904, S. 935.

[50] Ebenso Landgericht Posen: 2. Februar 1901. (Juristische Monatshefte für Posen und Westpreussen 1901, S. 72.)

[51] Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts (Johow und Ring). N. F. 4. S. A. 237.

[52] Kammergericht: 17. Juni 1901; Entscheidungen in Angelegenheiten der freiw. Gerichtsbarkeit Bd. II, S. 187, das Recht 1901, S. 335.

hypothek vom Grundstückseigentümer — im zweiten Fall jedoch nur mit Einwilligung des eingetragenen Gläubigers — bestimmt wird, die Hypothek solle zunächst für die Forderungen des ersten Gläubigers, demnächst aber, soweit sie durch jene nicht erschöpft sei — für die Forderungen eines andern Gläubigers haften.[53]

Es fehlt jedoch bei der succesiven Berechtigung zweier Gläubiger an der notwendigen Bestimmtheit des eingetragenen Gläubigers.

Eccius[54] hält es für unmöglich eine Hypothek zu begründen, die bedingt für A oder B haften soll. Er weist darauf hin, dass es nach dem vom Kammericht aufgestellten Satz auch statthaft sein müsste, eine andere Hypothek zu begründen, die bedingt dem A und bedingt dem B zusteht und dass sogar eine solche Briefhypothek, wenn sich A und B über die Art der Bewahrung des Hypothekenbriefs einigen, gedacht werden könne. Er erklärt die Bestellung einer Hypothek, die bedingt dem A oder B zustehen soll, für ebenso unstatthaft als eine Eintragung, wonach das Eigentum unter einer Bedingung dem A und bei deren Wegfall dem B zustehen soll.

Die Ansicht von Eccius teilen Biermann[55] Planck[56] Predari[57] und Staudinger[58].

Predari folgert aus § 48 G.B.O., das Gesetz gebe zu erkennen, es wolle Eintragungen, welche es ungewiss lassen, wer der Berechtigte ist, vom Grundbuche fernhalten.

Es dürften hier dieselben Richtpunkte, die das Reichsgericht in dem Beschlusse vom 18. Oktober 1905[59] für Eintragungen im Grundbuch gegeben hat, massgebend sein.

---

[53] Ebenso: Fuchs: S. 578. Kuhlenbeck: S. 213. Turnau-Foerster: S. 831. Willenbuecher: S. 254.

[54] Eccius: Deutsche Juristenzeitung, 7. Jahrgang 1902, S. 62.

[55] Biermann: S. 419.

[56] Planck: S. 523.

[57] Predari: S. 302.

[58] Staudinger: S. 424.

[59] Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1905. N. 23, S. 490.

Der wirtschaftliche Erfolg, den das Kammergericht anstrebt, lässt sich ja auch auf andere Weise erreichen.

Eccius[60] schlägt die Eintragungen zweier Sicherungshypotheken hintereinander vor.

Aus § 1180 B.G.B. ergibt sich die Möglichkeit, die Hypothek in der Weise zu teilen, dass sie nur noch mit dem einen Teil für das Schuldverhältnis, für das sie ursprünglich bestellt war, haftet, während für den danach verbleibenden Rest ein neues Schuldverhältnis an die Stelle des früheren gesetzt werden kann. So kann auch die Höchstbetragshypothek nachträglich so geteilt werden, dass sie zu einem Teil für das Schuldverhältnis, für das sie ursprünglich begründet war, haftet, für den danach verbleibenden Rest aber ein anderes Schuldverhältnis an die Stelle des früheren gesetzt wird, so dass auch ein anderer Gläubiger Sicherheit findet.[61]

Die Hypothek kann auch dann eine Mehrheit von Gläubigern sichern, wenn deren Anteile genau bestimmt sind.[62]

ε) Bei Höchstbetragshypotheken kann sich der Eigentümer der sofortigen Zwangsvollstreckung nicht in der Weise unterwerfen, dass die Zwangsvollstreckung gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks zulässig sein soll. § 800 Z.P.O.; die Eintragung eines solchen Vermerks ist nicht zulässig. § 800 Z.P.O. setzt eine dem § 794 Nr. 5 entsprechende Urkunde voraus; solche Urkunden können aber nur über einen bestehenden, wenn auch bedingten oder betagten Anspruch aufgenommen werden und haben zur Voraussetzung, dass dem Gläubiger das Recht zusteht, die Zahlung einer fest bestimmten Geldsumme aus dem belasteten Grundstück zu verlangen. Bei Höchstbetragshypotheken ist aber in die Urkunde nur der Höchstbetrag aufgenommen, bis zu dem das Grundstück haften soll, die

[60] Eccius: S. 62.

[61] Entscheidungen in Angelegenheiten der freiw. Gerichtsbarkeit, Bd. II, S. 187.

[62] Zentralblatt für freiw. Gerichtsbarkeit, Bd. II, S. 274

Schuld selbst ist der Summe nach innerhalb des Höchstbetrags unbestimmt.[63]

Da der Urkundenprozess und das Mahnverfahren ganz die gleiche Bestimmtheit der geschuldeten Leistung voraussetzen, §§ 592, 688 Z.P.O., so kann der Anspruch aus einer Höchstbetragshypothek weder im Urkundenprozess, noch im Mahnverfahren geltend gemacht werden.[64]

Zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer Höchstbetragshypothek kann auf Grund einer einstweiligen Verfügung eine Vormerkung eingetragen werden.[65]

3. Bei Höchstbetragshypotheken kann sich der Gläubiger zum Beweise der Forderung nicht auf die Eintragung berufen (§ 1184 Abs. 1, § 1190 Abs. 3 B.G.B.); er muss den Nachweis führen, dass und welche Forderungen entstanden sind und zwar auch dann, wenn der Eigentümer gegen ihn die negatorische Eigentumsklage zum Zwecke der Berichtigung des Grundbuchs durch Bewilligung der Löschung oder der Umschreibung der Hypothek auf Anerkennung, dass keine Forderungen entstanden sind, anstellt.[66]

Der Eigentümer ist für das Erloschensein der als entstanden nachgewiesenen Forderungen behauptungs- und beweispflichtig.[67]

4. Übersteigt der Betrag der Forderungen, für welche die Hypothek bestellt ist, den eingetragenen Höchstbetrag, so kann der Gläubiger bestimmen, für welche — unter einer Mehrheit gedeckter Ansprüche — Forderung er die Hypo-

---

[63] Beschluss des bayerischen Obersten Landesgerichts vom 7. September 1901 und Beschluss des Oberlandesgerichts Dresden v. 30 Juni 1903. Seufferts Archiv. Bd. 57 Nr. 200; Rspr. der OLG. Bd. 8 S. 148, 149, Bd. 3 S. 295.

Bayer. Dienstanweisung für die Grundbuchämter in den Landesteilen r. d. Rh., 1905, S. 181.

[64] Biermann, S. 419.

[65] Turnau Foerster, S. 839.

[66] Reichsgericht: 20. Dezember 1895.
Seufferts Archiv. N. F. Bd. 23, Nr. 11.

[67] Willenbücher: S. 255.
Reichsgericht: 13. April 1887, Bd. 18, S. 265.

thek in Anspruch nimmt. In einer Entscheidung des Reichsgerichts[68] ist im Anschluss an l. 96 § 3 de solutionibus 46,3 ausgeführt, dass dann, wenn eine Sache gleichzeitig für mehrere selbständige Forderungen (duobus contractibus) verpfändet worden ist, der Pfanderlös nach Verhältnis der geschuldeten Beträge (pro modo pecuniae cuiusque contractus) für die mehreren Gläubiger repartiert werden soll, so dass ein Wahlrecht des Gläubigers nicht stattfindet.

Nach Dernburg[69] handelt es sich hier um den Fall, dass eine gleichzeitige Verpfändung derselben Sache für mehrere Forderungen erfolgt: da sei anzunehmen, dass das Pfandstück für jede Forderung nicht in solidum, sondern nur pro rata ihres Betrags verhaftet sein soll; bei Höchstbetragshypotheken dagegen sei die Hypothek in solidum haftbar für alle Beträge, welche dem Gläubiger aus dem unterliegenden Rechtsverhältnis bis zum Zeitpunkt der Realisierung erwachsen.[70]

Ein in der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des B.G.B. zu § 1129 E I, gestellter Antrag, eine entsprechende Bestimmung mit Rücksicht auf die Entscheidung des Reichsgerichts in das Gesetz aufzunehmen, wurde vom Antragsteller zurückgezogen, nachdem man sich dahin ausgesprochen, dass die Aufnahme einer Bestimmung nur zu neuen Zweifeln Anlass gebe, das angeführte Urteil des Reichsgerichts aber auf einer Verkennung der Aufgaben des Vollstreckungsgerichts beruhe.[71]

5. Eine Sonderbestimmung für Höchstbetragshypotheken findet sich noch im § 2166 Abs. 3 B.G.B.

Darnach kommt bei Höchsbetragshypotheken die Vorschrift nicht zur Anwendung, dass der Vermächtnisnehmer, dem ein Nachlassgrundstück vermacht ist, im Zweifel dem

[68] Juristische Wochenschrift 1885, S. 220.

[69] Dernburg: Pfandrecht II, S. 211.

[70] Vgl. Biermann: S. 419.
Dernburg: preuss. Hypothekrecht, S. 203.
Staudinger: S. 524.
Turnau Foerster: S. 834.

[71] Protokolle: Bd. III, S. 692.

Erben gegenüber zur rechtzeitigen Befriedigung des Gläubigers einer auf diesem Grundstücke lastenden Hypothek verpflichtet ist, wenn der Erblasser der persönliche Schuldner der gesicherten Forderung oder zu deren Berichtigung dem Schuldner gegenüber verpflichtet war.

Diese Ausnahmebestimmung verdankt ihre Entstehung der Erwägung, dass bei Höchstbetragshypotheken das hypothekarische Recht der in den sonstigen Fällen der Sicherungshypothek tatsächlich meist vorhandenen festen Grundlage entbehre und seinem Inhalt nach ganz von der wechselnden Gestalt der persönlichen Forderung abhänge.[72]

[72] Protokolle: Bd. V, S. 191.

§ 8. Eigentümerhypothek.

I. Nach den Vorschriften des B. G. B. über die Eigentümerhypothek kann man leicht den Eindruck gewinnen, das B. G. B. habe die Wertstheorie, — das System der festen Stellen, wonach man sich das ganze Grundstück in einzelne Wertsteile als jeweilige Objekte der Hypotheken zerlegt zu denken hat, anerkannt und durchgeführt.

Von den Schriftstellern sind es namentlich Fuchs[1] und Oberneck[2], die diese Theorie, die es auch dem Laien leicht macht, sich eine Vorstellung über die Eigentümerhypothek zu bilden, in dem B. G. B. verkörpert sehen.

Nun zeigen aber die Ausführungen in den Motiven[3] und auch die Aufnahme von Bestimmungen, die das Vorrücken der Nachhypothekare zulassen, z. B. § 1179 B. G. B., dass der Gesetzgeber das Prinzip der festen Stellen abgelehnt hat.

Es wurde in der Literatur in verschiedener Weise versucht, das Wesen der Eigentümerhypothek klar zu stellen.

[1] Fuchs: S. 520: die Wertparzellentheorie ist rechtlich nicht anerkannt, aber faktisch da.

[2] Oberneck: Das Hypothekenrecht des B. G. B., Berlin 1897, S. 40. Die Eigentümerhypothek im Lichte der Praxis, ein Vortrag gehalten im Berliner Anwaltsverein am 18. XII. 1902.

[3] Motive: Bd. III, S. 736, 204.

So hat Predari[4] neben die Wertparzellentheorie die Wertaneignungstheorie gestellt. Er geht mit Kohler davon aus, dass die Hypothek und die Grundschuld der Kategorie der „Wertrechte" zuzurechnen seien, die im Gegensatz zu den Substanzrechten darauf abzielen, der Sache einen Wert, einen Vermögensbetrag zu entnehmen; nicht die Sache an sich, sondern die Sache kraft ihrer Werteigenschaft solle in Betracht kommen; habe sie diesem Wertanspruch entsprochen, so sei dieser konsumiert. Predari kommt zur Definition der Eigentümerhypothek als eines Wertrechts an eigener Sache, das sich einerseits gegenüber anderen Rechten am Grundstücke, andererseits durch die Möglichkeit seiner Veräusserung an Dritte betätige.

Nach Ihering — dessen Lehre sich Boehm[5], Hachenburg[6] und Matthiass[7] anschlossen, bedeutet die Eigentümerhypothek den Eintritt der Verpflichtung ohne den gleichzeitigen Eintritt der Berechtigung, die Bindung der Sache durch den Eintrag, ohne die Verbindung mit einer vergünstigten Person.[8]

Andere Wege zeigte die von Amira (im Anschluss an Brinz) und Puntschart proklamierte Trennung von Schuld und Haftung;[9] die grundlegenden Sätze dieser Lehre sprechen aus, dass nur Personen schulden können, dass sich von der Schuld die Haftung unterscheide, die Personen- oder Sachhaftung sein könne.

Bruck[10] definiert in Verwertung dieser Lehre die Eigentümerhypothek als das von einer Belastung befreite Eigentum.

Mit Errichtung einer Eigenthümerhypothek bildet der Eigentümer einen besonderen Wertteil seines Eigentums in den Formen, die ihm die Einrichtung des Grundbuchs

---

[4] Predari: S. 217.
[5] Boehm: S. 239, 309.
[6] Hachenburg: Vorträge 1898, S. 246, 248.
[7] Matthiass: II. Bd., S. 144.
[8] Nach Bruck: Die Eigentümerhypothek, Jena 1903, S. 123 ff.
[9] Gegen die Verwertung dieser Rechtsgedanken Predari, S. 218.
[10] Bruck: S. 133, 154.

zur Verfügung stellt, damit dieser Wertteil eventuell „haften“ soll.

Erwirbt der Eigentümer eine Hypothek an seinem Grundstück (§§ 1163, 1168 B.G.B.), so bekommt er einen Wertteil zurück, der gehaftet hat.[11]

Der Gesetzgeber wollte dadurch mit Rücksicht auf den Realkredit dem Eigentümer die Möglichkeit belassen, die nämliche Sicherheit, welche die Hypothek dem ersten Gläubiger gewährte, zur Befriedigung eines weiteren Kreditbedürfnisses an einen neuen Gläubiger zu vergeben, also das Grundstück für eine neue eventuelle Schuld „haften“ zu lassen.

In diesen Wechselbeziehungen zeigt sich uns tatsächlich die Eigentümerhypothek als ein Wertsobjekt, das der Haftung gedient und von dieser Haftung befreit worden ist.

Was die Lage der Nachhypotheken anlangt, für die die Landesrechte so besorgt waren, so können sich diese für die mindere Sicherheit andere Vorteile z. B. einen höheren Zinsfuss ausbedingen.[12]

II. Nach dem Entwurf I § 1128[13] sollten die Vorschriften über die Eigentümerhypothek — die das B.G.B. aufgenommen, — auf die Sicherungshypothek und demnach auf unsere Höchstbetragshypothek nur Anwendung finden, wenn der den Gläubiger befriedigende Eigentümer nicht zugleich persönlicher Schuldner ist; in diesem Fall sollte er die Forderung und mit ihr die Hypothek erwerben; dagegen sollten die Bestimmungen über die Eigentümerhypothek keine Geltung haben, wenn der Eigentümer, der zugleich persönlicher Schuldner ist, Befriedigung leistet.

Bei der zweiten Lesung des Entwurfs wurden jedoch diese Bestimmungen des § 1128 nicht aufrecht erhalten und

[11] In den Ausführungen von Bruck erblickt Hirsch (Archiv für bürg. Recht Bd. 25, S. 233) nur die Ausbildung der Theorie Obernecks zur „ideellen Wertrechtstheorie“, während er selbst (S. 230) die Eigentümerhypothek als die zu bestimmtem Teile und Rang im Grundbuch verlautbarte Surrogationsbefugnis des Eigentümers bezeichnet.

[12] Motive Bd. III, S. 203.

[13] Entwurf eines B.G.B. Amtl. Ausgabe, Berlin 1888.

die Vorschriften der Eigentümerhypothek allgemein für Sicherungshypotheken geltend erklärt.[14]

Sie haben daher auch bei unserer Höchstbetragshypothek zur Anwendung zu kommen.

1. Die erste Frage, die uns hier interessiert, ist die, wann wir bei Höchstbetragshypotheken von einer „Eigentümerhypothek" sprechen können?

In der Praxis hat die Lehre grosse Verbreitung gefunden, dass die Höchstbetragshypothek von der Eintragung an dem Gläubiger zusteht, wenn auch zeitweise keine durch die Hypothek zu sichernde Forderung vorhanden ist; hiernach würde die Eigentümerhypothek bezw. Eigentümergrundschuld erst entstehen, wenn endgiltig feststeht, dass Forderungen nicht zu Entstehung gelangt sind.[15]

Damit wird für Höchstbetragshypotheken eine Ausnahmebestimmung getroffen, denn gewöhnliche Hypotheken für künftige Forderungen stehen bis zur Entstehung von Forderungen dem Eigentümer zu § 1163 Abs. 1, S. 1 B.G.B. Man glaubte, zu dieser Sonderbehandlung greifen zu müssen, um den Gläubiger nicht der Gefahr auszusetzen, dass ihm durch den Eigentümer oder den Gläubiger des Eigentümers seine Sicherheit entzogen wird.[16]

Das Gesetz bietet keinen Anhalt dafür, dass in dieser Richtung für Höchstbetragshypotheken eine Ausnahme geschaffen werden sollte.[17]

Auch wenn man § 1163 Abs. 1, B.G.B. auf Höchstbetragshypotheken anwendet und dem Eigentümer bis zur Entstehung von Forderungen die Hypothek als „vorläufige

[14] Vgl. auch Zusammenstellung der gutachtlichen Äusserungen zu dem Entwurf eines B.G.B. Berlin 1890, Bd. III, S. 348.

[15] Reichsgericht: 19. März 1902, Bd. 51, S. 115. 2. März 1901, Bd. 48, S. 55.
OLG. Dresden: 5. Dezember 1902 C.f.f.G., Bd. 3, S. 467.
OLG. Celle: 4. November 1901. Rspr. d. OLG. Bd. 4 S. 74.
Schreiber: Sächsische Annalen, Bd. 13, S. 227.

[16] Vgl. Hirsch a. a. O., S. 236.

[17] Endemann: Lehrbuch des bürgerl. Rechts 6. Aufl., II. Bd. S. 524. Gierke: S. 908. Planck: S. 716. Predari: S 305.

Eigentümerhypothek“ — wie Hirsch sagt — zuspricht, so wird hiedurch das für den Gläubiger durch die Hypothekbestellung begründete Recht auf Erwerb der Hypothek nicht illusorisch. Mit der Eintragung stellt vielmehr der Eigentümer dem Gläubiger die Hypothek zur Umwandlung in eine Gläubigerhypothek zur Verfügung; der Eigentümer ist durch das Recht des Gläubigers auf Erwerb der Hypothek zu vollem Recht in seinem Verfügungsrechte über die vorläufige Eigentümerhypothek zu Gunsten des Gläubigers beschränkt.[18]

Zur endgiltigen Eigentümerhypothek wird die vorläufige auch dann nicht, wenn nach dem zugrunde liegenden Rechtsgeschäfte keine Forderungen mehr entstehen können[19] und der festgestellte Betrag den eingetragenen Höchstbetrag nicht erreicht; denn es ist dann noch damit zu rechnen, dass im Höchstbetrag auch Zinsen inbegriffen sind und dass durch den Verzug des Schuldners noch gesetzliche Zinsen entstehen können.

Die Höhe der Forderung kann man daher erst mit der Zahlung definitiv feststellen.

Einen Ausweg zeigt Kretzschmar,[20] der auf dieses nachträgliche Anfallen von Zinsen aufmerksam macht mit dem Hinweis, dass die Beteiligten in Höhe des festgestellten Betrags die Höchstbetragshypothek in eine feste Hypothek oder in eine andere Art des Grundpfands (Grundschuld, Rentenschuld) umwandeln und den Differenzbetrag zwischen dem festgestellten Betrag und dem eingetragenen Höchstbetrag auf den Eigentümer umschreiben lassen können.

2. Eine weitere Frage ist die: Wer wird Subjekt der endgiltigen Eigentümerhypothek?

Die Frage beantwortet sich leicht, wenn der Eigen-

---

[18] Gierke: S. 908, 926; Hirsch: S. 241, der § 161 B.G.B. analog anwendet.

[19] Reichsgericht: 19. März 1902, Bd. 51, S. 117.

[20] Kretschmar: Einführung in das Grundbuchrecht. Leipzig 1902, S. 414.

tümer zugleich persönlicher Schuldner ist und kein Wechsel im Eigentum stattgefunden hat.

Anders wenn diese Voraussetzungen nicht vorliegen.

Das Oberlandesgericht Jena vertritt die Anschauung, dass stets der Besteller der Hypothek diese als Eigentümerhypothek erwerbe.[21]

Dem gegenüber stellen Reinhard[22] und Kretzschmar[23] den Satz auf, dass Subjekt der Eigentümerhypothek immer der Eigentümer zur Zeit der Entstehung der Eigentümerhypothek werde.

Reinhard schliesst dies aus dem Wortlaut des Gesetzes, das von dem Eigentümer spricht, also hier nicht eine Person, die gar nicht mehr Eigentümer sei, meinen könne, und ferner aus der Entstehungsgeschichte des § 1163 B.G.B.

Wir müssen hier auch zu der Frage Stellung nehmen, ob § 1163 B.G.B. überhaupt für Höchstbetragshypotheken Geltung hat, da Leonhard[24] § 1163 B.G.B. bei Hypotheken nach § 1190 B.G.B. für unanwendbar erklärt.

Für diese von Leonhard vertretene Auffassung lässt sich aber weder in den Protokollen eine Rechtfertigung finden, noch schliesst der Charakter unserer Hypothek § 1163 B.G.B. aus.[25]

Wir werden § 1163 B.G.B. auch bei Höchstbetragshypotheken anwenden müssen, aber weder die vom Oberlandesgericht Jena im Beschlusse vom 31. Juli 1901, noch die von Reinhard und Kretzschmar aufgestellten Sätze billigen dürfen.

Betrachten wir zuerst den Satz, dass immer der Eigentümer zur Zeit der Entstehung der Eigentümerhypothek die Hypothek erwerben solle.

---

[21] OLG. Jena: 31. Juli 1901. Rspr. der OLG. Bd 3, S. 198.

[22] Reinhard: Über die Behandlung der Maximalhypothek bei der Verteilung des Zwangsversteigerungserlöses, das Recht, 1902, S. 31.

[23] Kretzschmar a. a. O., S. 322 und in l. f. f. G. Bd. 4, S. 195.

[24] Eck: Vorträge über das Recht des B.G.B., mit Anmerkungen versehen von Leonhard, Berlin 1904, S. 297.

[25] Biermann S. 418, Fuchs S. 621, Turnau Foerster S. 837, Reichsgericht Bd. 49, S. 165.

Dies würde höchst unbillig und ungerecht sein, wenn überhaupt keine Forderungen entstanden sind:

Denn der frühere Eigentümer, der die Hypothek hat eintragen lassen, hat eine Valuta nicht erhalten und bei der Veräusserung erhält er der Regel nach auch keine Valuta von dem Erwerber für den von ihm ausgeschiedenen Wertteil; der Erwerber übernimmt vielmehr die Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis und zieht also an letzterem den in der Hypothek steckenden Wert ab.

Würde nun während der Besitzzeit des neuen Erwerbers festgestellt, dass keine Forderungen entstanden sind, so würde nach der oben vertretenen Lehre, der neue Erwerber als der Verfügungsberechtigte um den nicht gezahlten entsprechenden Kaufpreis bereichert, während der frühere Eigentümer um diesen Betrag unberechtigterweise geschädigt sein würde.[26]

Ziehen wir die Folgerungen des Satzes, dass immer der Besteller der Hypothek Eigentümerhypothekar werden solle, so erhalten wir für das Verkehrsleben wieder kein diesen Satz rechtfertigendes Ergebnis, wenn es sich um die Fälle des Erlöschens der Forderung, des Verzichts auf die Hypothek handelt. Denn hier haben wir es mit Hypotheken zu tun, die für den Dritten schon entstanden waren; regelmässig hat der Eigentümer, der die Hypothek bestellte, die Valuta erhalten; der Erwerber findet durch Übernahme dieser Schuld den früheren Eigentümer hinsichtlich dieses Wertteils ab und verpflichtet sich, die Valuta an den Gläubiger zu zahlen; damit ist das Recht aus der Eigentümerhypothek auf ihn übergegangen.[27]

Hier wäre es zweifellos ganz unberechtigt, wollte man im Falle des Erlöschens der Forderung den früheren Eigentümer als Hypothekenerwerber ansprechen.

Fassen wir das Resultat dieser Ausführungen zusammen, so ergibt sich folgendes:

---

[26] Oberneck: Die Eigentümerhypothek im Lichte der Praxis; Vortrag vom 18. Dezember 1902. Gruchot: Bd. 47, S. 330.

[27] Oberneck: a. a. O. Gruchot: 47, S. 331.

Sind Forderungen nicht zur Entstehung gelangt, so erwirbt der Eigentümer zur Zeit der Bestellung die „vorläufige Eigentümerhypothek“ als endgiltige. Dies hat auch dann zu gelten, wenn eine Forderung zunächst entstanden, aber durch wirksame Anfechtung vernichtet worden ist, da nach § 142 B.G.B. das Forderungsrecht in diesem Fall als von Anfang nichtig anzusehen ist. § 1163 Abs. 1, S. 1 B.G.B.

Wird jedoch der Höchstbetrag dadurch nicht ausgefüllt, dass Forderungen wieder erloschen sind oder der Gläubiger teilweise verzichtet hat, so ist der entsprechende nicht valutierte Betrag in Höhe der erloschenen Forderung dem zuzusprechen, der Eigentümer im Zeitpunkt des Erlöschens oder Verzichts war. § 1163 Abs. 1, S. 2 B.G.B.[28]

Durch eine entsprechende Erklärung des Gläubigers wird die Entstehung der Eigentümerhypothek nachgewiesen werden können.[29]

3. Wir kommen zu der letzten hier zu behandelnden Frage, ob die Haftungsgrenze des Grundstückes während des Bestehens des Rechtsverhältnisses eine Veränderung erleiden kann?

Die Antwort hat in bejahendem Sinne zu lauten. Dies ist in der Literatur unbestritten für den Fall, dass der Gläubiger ganz oder teilweise „aus dem Grundstück“ befriedigt wird, § 1181 B.G.B. Zu erwähnen ist hier, dass die Befriedigung des Gläubigers „aus dem Grundstück“ nur im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgen kann (§ 1147 B.G.B.) Wie das Reichsgericht[30] ausdrücklich hinweist, ist es nicht als eine Befriedigung aus dem Grundstück anzusehen, wenn ohne Zwangsvollstreckung gezahlt wird, sei es auch mit Geldern, die der Schuldner durch den Verkauf des Grundstückes oder eines Teils desselben erlangt hat.

Erfolgt eine Befriedigung „aus dem Grundstück“ nach

---

[28] Fuchs: S. 621. Turnau-Foerster: S. 838. Reichsgericht: 15. Juni 1903, Bd. 55, S. 104.

[29] Predari: S. 305.

[30] Reichsgericht: 20. Januar 1904, Bd 56, S. 322.

§ 1147 B.G.B., so geht der Betrag der aus dem Grundstück beigetriebenen Teilforderung vom Höchstbetrage ab, da die Befriedigung „aus dem Grundstück“ bis zum Höchstbetrag nur einmal verlangt werden kann.[31]

Bei einer Gesamthypothek erwirbt der Eigentümer, dessen Grundstück dem Gläubiger Befriedigung gewährt, insoweit er einen Ersatzanspruch gegen den Eigentümer eines andern Grundstückes hat, die an letzterem Grundstück bestehende Hypothek § 1182 B.G.B.

Auch bei den nicht von der Zwangsvollstreckung betroffenen Grundstücken mindert sich gemäss § 1181 Abs. 2 B.G.B. der Höchstbetrag um die beigetriebene Teilforderung.

Wird während des Bestehens des Rechtsverhältnisses eine Zahlung in Anrechnung auf den Höchstbetrag geleistet, so kann insoweit eine Aufhebung der Hypothek vereinbart werden, § 1183 B.G.B.[32]

Weiter wird dem Gläubiger ein Teil der Hypothek entzogen, wenn er von dem nicht persönlich haftenden Eigentümer, § 1143 B.G.B., oder von einem Ablösungsberechtigten §§ 1150, 268 B.G.B. befriedigt wird; hier geht die Forderung und mit ihr die Hypothek in Höhe der erfolgten Befriedigung auf den Zahlenden über.[33]

In den bis jetzt behandelten Fällen steht fast die ganze Literatur auf demselben Standpunkte. Anders wenn es sich um die Fragen handelt, welche Wirkung den Zahlungen des zugleich persönlich haftenden Eigentümers beizumessen ist, die er während des Bestehens des Rechtsverhältnisses leistet (§ 1164 B.G.B.) und weiter, welche Wirkung einem Verzichte des Gläubigers zukommt (§ 1168 B.G.B.)

Solchen Zahlungen und dem Verzichte wird in Rechtsprechung und Literatur — mit wenigen Ausnahmen — jeder

---

[31] Protokolle: Bd. III, S. 691.

[32] Reichsgericht: 20. Januar 1904, Bd. 56, S. 322.

[33] Biermann: S. 418. Oberneck: S. 959. Planck: S. 718. Protokolle Bd. III, S. 691. Turnau-Foerster: S. 838 a. M. Hecking: Die Maximalhypothek des B.G.B., Leipzig 1902, S. 35, der bei seinen Ausführungen den in § 1143 B.G.B. zum Schutze des Gläubigers angeführten § 774 B.G.B. übersieht.

Einfluss auf den Bestand der Hypothek abgesprochen und ihnen nur die Wirkung beigelegt, dass die Forderungen zu dem Betrage, der gezahlt oder auf den verzichtet wurde, getilgt werden.[34]

Bestimmend für diese Auffassung ist der Satz, der uns auch in Protokollen begegnet, dass das Grundstück bis zum Höchstbetrag für jeden Teil der Forderung haftet.[35]

Die Unterscheidung, die in der Wirkung der Zahlungen gemacht wird, erscheint höchst befremdlich und lässt sich auch nicht rechtfertigen.

Warum soll man Forderungen, die entstanden sind und durch Zahlung seitens des persönlichen Schuldners oder durch Verzicht des Gläubigers wieder erloschen sind, so behandeln, als wären sie nie zur Entstehung gelangt?

Wir müssen in erster Linie fragen, nicht „wer hat die Forderung getilgt, wer war der Befriedigende," sondern wir müssen zuerst klarstellen, welcher Wille der Parteien im Hypothekbestellungsvertrage zum Ausdruck kommt. „Sollte — das ist die massgebende Frage — die Hypothek für eine aus verschiedenen Einzelansprüchen sich zusammensetzende Forderung bestellt werden oder für die gesamte Forderung, die sich bei Beendigung des Rechtsverhältnisses ergibt (Schlussguthaben)?

Entnehmen wir dem Begründungsvertrage die erste Absicht der Parteien, warum soll dann eine teilweise Tilgung der Schuld durch den persönlichen Schuldner oder den Schuldnereigentümer oder ein teilweiser Verzicht seitens des Gläubigers ohne jeden Einfluss auf den Bestand der Hypothek sein, während eine Zahlung durch den nicht persönlich haftenden Eigentümer oder einen Ablösungsberechtigten hypothekvererbende Kraft haben soll.

Eine Begründung dafür ist aus dem Gesetz nicht zu ersehen.

[34] Biermann: S. 418. Bruck: S. 181.
Oberneck: S. 959.
Reichsgericht: 20. Januar 1904, Bd. 56, S. 322.
OLG. Jena: 31. Juli 1901. Rspr. d. OLG. Bd. III, S. 198.

[35] Protokolle Bd. III, S. 690.

Wir müssen vielmehr, wie schon erwähnt, davon ausgehen, ob die Hypothek für Einzelansprüche oder für das Schlussguthaben bestellt ist.

Für den ersten Fall müssen wir der Tilgung solcher Einzelansprüche „gleiche“ Wirkung beimessen, nämlich, dass die Haftungsgrenze in Höhe des getilgten Betrags gemindert wird — mag diese Tilgung durch den Eigentümer § 1143 B.G.B., den persönlichen Schuldner § 1164 B.G.B. oder Ablösungsberechtigten § 1150 B.G.B. erfolgt sein oder mag ein Verzicht § 1168 B.G.B. vorliegen.

Wenn aber nach dem Begründungsvertrage das „Schlussguthaben“ — gesamte Forderung — die Forderung, die durch die Hypothek Sicherung finden solle, bildet (Kontokorrentverhältnis), dann sind Zahlungen während der Dauer des Rechtsverhältnisses ohne Belang auf den Bestand der Hypothek.

Für diesen Fall sind die früheren Ausführungen dahin zu ergänzen, dass auch der persönlich nicht haftende Eigentümer und der Ablösungsberechtigte, wenn sie durch die Zahlung einen Teil der Hypothek erwerben wollen, ausdrücklich erklären müssen, die Leistung erfolge auf die endgiltige Forderung, oder sie müssen sich bei der Leistung einen entsprechenden Teil der Hypothek abtreten lassen.

Zahlungen, die nicht in der Weise erfolgen, verändern zwar den Bestand der Forderung, — für die Hypothek, die zur Sicherung des Schlussguthabens bestellt ist, sind sie bedeutungslos.[36]

---

[36] Fuchs: S. 622 und zu den letzten Ausführungen auch Planck S. 717 unten.

§ 9. Abtretung.

I. Nach § 1190 Abs. 4 B.G.B. „kann" die Forderung nach den für die Übertragung von Forderungen geltenden allgemeinen Vorschriften übertragen werden; im Falle solcher Übertragung ist der Übergang der Hypothek ausgeschlossen.[1]

Bei der Beratung der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines B.G.B. forderten verschiedene Stimmen, die Übertragung der Forderung ohne die Hypothek bei allen Sicherungshypotheken zu gestatten.

In das B.G.B. fand eine derartige Bestimmung keine Aufnahme, — da für eine dem Betrage nach bestimmte Forderung kein Bedürfnis bestehe, von dem für die Abtretung der Buchhypotheken geltenden Erfordernis der Eintragung abzusehen und die Zulassung einer formlosen Abtretung praktisch bedenklich sei.

Veranlasst wurde dies Bedenken durch die Erwägung, dass derjenige, der nach einer oder mehreren Abtretungen Gläubiger geworden, bei Erteilung der Löschungsbewilligung oder im Falle grundbuchmässiger Verfügung über die Hypothek die erforderlich werdende nachträgliche Beschaffung beglaubigter Urkunden über die Abtretungen nur mit Schwierigkeit bewirken könne.[2]

II. Die Frage, was man eigentlich unter der im § 1190 Abs. 4 B.G.B. angeführten „Forderung" zu verstehen habe, wird in der Literatur verschieden beantwortet.

Eine Reihe von Schriftstellern lehrt:

Abs. 4 § 1190 beziehe sich nur auf „Einzelforderungen",

---

[1] Auch nach österreichischem Recht bewirkt die Begebung einer einzeln aus dem Kreditverhältnisse herrührenden Forderung ohne vorherige grundbücherliche Eintragung und Umschreibung der Forderung nicht den Übergang der Hypothek (§§ 445, 451 allg. bürg. Gesetzbuch).

Unzulässig ist auch die Übertragung einer Höchstbetragshypothek, solange nicht eine bereits liquid gestellte ziffermässige Forderung innerhalb des Höchstbetrags zur grundbücherlichen Eintragung gelangt ist.

Calligaris: Kredit- und Maximalhypotheken nach österreichischem und deutschem Recht: Allgem. österr. Gerichtszeitung, 64. Jahrg. Nr. 6.

[2] Protokolle Bd. III, S. 684.

im Gegensatze zu der „ganzen Forderung“, die sich nach Feststellung des Betrags bei Beendigung des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses ergebe.[3]

Bestimmend für diese Ansicht dürften wohl die Motive[4] gewesen sein; diese begründen nämlich Abs. 4 damit, dass die Übertragung einzelner Forderungen mit der Hypothek während der Dauer des durch die Hypothek gesicherten Verhältnisses zu einer Minderung der Sicherheit für das Schlussguthaben führen würde und weiter bemerken die Motive, dass Abs. 4 auf die Fälle der Übertragung einer Einzelforderung vor Feststellung des Schlussguthabens berechnet sei.

Das Gesetz spricht nun aber allgemein von Übertragung „der Forderung“ in § 1190.

Gerade aus diesem Wortlaut folgert Rathenau[5], dass das Gesetz den Fall der Totalabtretung im Auge habe, denn es spreche von „der Forderung“ d. h. der ganzen durch die Hypothek gesicherten Forderung. Wo das Gesetz von einer nur „teilweisen“ Befriedigung, einem nur teilweisen Verzichte handle, da sage es dies ausdrücklich — vgl. §§ 1145 Abs. 1, 1168 Abs. 3 B.G.B. — Hätte das Gesetz in § 1190 Abs. 4 B.G.B. ebenfalls nur an eine „teilweise“ Abtretung der Forderung gedacht, so wäre dies zweifelsohne zum Ausdruck gekommen.

Der Wortlaut des Gesetzes verlangt jedoch keine so engherzige Auslegung, wie sie Rathenau gibt; Abs. 4 § 1190 ist vielmehr dahin auszulegen, dass sowohl die formlose Abtretung einer Einzelforderung als der gesamten Forderung statthaft ist.[6]

---

[3] Eck: Vorträge S. 317. Biermann S. 418. Endemann S. 525. Kuhlenbeck S. 280. Mueller-Meikel S. 931. Hachenburg S. 600. Oberneck S. 961. Willenbücher S. 921.

[4] Motive Bd. III, S. 768.

[5] Rathenau: Der Übergang der Kautionshypothek nach § 1190. Archiv f. bürg. Recht, Bd. 17, S. 197.

[6] Best: Grundbuchrecht, Giessen 1896, S. 1901.
Fuchs: S. 624.

III. Wir kommen zur Frage nach dem Schicksal der Hypothek im Falle einer Abtretung der Forderung ohne die Hypothek.

Rathenau[7] führt drei Möglichkeiten an:

1. dass die Hypothek beim alten Gläubiger bleibt,
2. dass sie Eigentümerhypothek wird,
3. dass sie untergeht.

Der Verbleib der Hypothek beim bisherigen Gläubiger steht wohl dann nicht in Zweifel, wenn eine Einzelforderung ohne Hypothek abgetreten wird und das der Hypothek zu Grunde liegende Rechtsverhältnis noch fortdauert, — die Möglichkeit der Entstehung neuer Forderungen also weiterhin gegeben ist.

Soweit finden wir in der Literatur keinen Widerspruch; verschiedene Schriftsteller erörtern ein anderes Schicksal der Hypothek als deren Verbleib beim alten Gläubiger überhaupt nicht.[8]

Auch ist der Kreis der Möglichkeiten für diejenigen Schriftsteller damit geschlossen, die unter Forderung nur eine Einzelforderung verstehen.[9]

Was wird aber aus der Hypothek, wenn die gesamte Forderung ohne die Hypothek abgetreten wird?

Soll man in einer solchen Abtretung den Verzichtwillen des Gläubigers erblicken und nach § 1168 B.G.B. den Eigentümer als Erwerber der Hypothek ansprechen.[10]

Oder soll durch eine analoge Anwendung des § 1163 Abs. 2 B.G.B. — da die Beziehungen der Forderung zu der

---

Meisner: Sachenrecht, Breslau 1901, S. 279.
Motive Bd. III, S. 768.
Predari: S. 232.
Staudinger: S. 525.
Turnau-Foerster: S. 835.

[7] Rathenau a. a. O.: S. 195.

[8] Biermann: S. 418. Fischer-Henle: S. 609. Mueller-Meikel: S. 921. Willenbuecher: S. 256.

[9] Eck: S. 317. Hachenburg: S. 600. Kuhlenbeck: S. 280. Oberneck: S. 961.

[10] Fuchs: S. 624. Turnau-Foerster: S. 836.

Hypothek erloschen sind und soweit in Ansehung der Hypothek dieselbe Rechtslage besteht, als wenn die Forderung tatsächlich erloschen wäre — dieses Resultat erreicht werden?[11]

Verschiedene Schriftsteller sprechen wiederum schlechthin aus, dass die Hypothek bei formloser Abtretung der ganzen Forderung zur Eigentümergrundschuld werde.[12]

Diesen Theorien gegenüber bringt Rathenau[13] vor, dass das B.G.B. die Fälle, in denen eine Eigentümerhypothek entstehe, im einzelnen aufzähle, ferner dass diese Eigentümerhypothek, da dem Eigentümer eine Forderung nicht zustehe, zu einer Eigentümergrundschuld würde; die Eintragung einer Grundschuld, deren Betrag und Höhe sich nach einer zu grunde liegenden Forderung richten müsste, sei aber unmöglich, da das B.G.B. das Gebilde einer Kautionsgrundschuld nicht kenne.

Dieses letztere Bedenken hat zutreffend Kohn[14] beseitigt, der in der formlosen Übertragung der ganzen Forderung ohne die Hypothek eine endgiltige Lösung zwischen Hypothek und Forderung erblickt; der Eigentümer erwirbt also eine „forderungsentkleidete" Hypothek — wie Dernburg sich ausdrückt — d. h. die Hypothek wird zur Grundschuld.

Dagegen ist der erste Einwand, den Rathenau bringt, nicht direkt von der Hand zu weisen; im B.G.B. sind die Fälle, in denen dem Eigentümer die Hypothek zusteht, ausdrücklich aufgeführt.

Was die Ausführungen von Kohn anlangt, so tut er doch dem Gesetze Gewalt an, wenn er § 1163 Abs. 2 B.G.B.

---

[11] Kohn: Die Kautionshypothek des B.G.B. Leipzig 1902, S. 56.

[12] Enneccerus und Lehmann: Das bürgerliche Recht, II. Bd. Marburg 1898, S. 196.
Gierke: S. 908.
Planck: S. 714.
Predari: S. 233.

[13] Rathenau a. a. O.: S. 199.

[14] Kohn a. a. O.: S. 56; vgl. auch Predari: S. 233: „Von einer Kautionsgrundschuld ist natürlich keine Rede."

— der von dem Erlöschen der Forderung handelt, — auf die Abtretung der Forderung anwenden will.

Da nun die dritte Möglichkeit, die Rathenau aufführt: „Untergang der Hypothek", ausscheidet, denn nach B. G. B. geht die Hypothek nur durch Löschung im Grundbuch oder durch eine aus dem Grundstück erfolgende Befriedigung des Gläubigers unter[15] (§§ 875, 1183, 1181 B.G.B.), so müssen wir weiter für das Schicksal der Hypothek sorgen.

Rathenau[16] und Meisner[17] glauben, dass § 1169 B.G.B. hier Hilfe schaffe. § 1169 B.G.B. sagt: „Steht dem Eigentümer eine Einrede zu, durch welche die Geltendmachung der Hypothek dauernd ausgeschlossen wird, so kann er verlangen, dass der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet.

Einrede definiert Engelmann[18] als einen selbständigen Tatumstand, welcher die Befugnis gibt, die Befriedigung des „bestehenden" klägerischen Anspruchs zu verweigern. Das „Bestehen" des Anspruchs hat aber mit der Abtretung der ganzen Forderung ohne die Hypothek aufgehört. Zur Anwendung des § 1169 B.G.B. fehlt es demnach an einer Einrede im Sinne des B.G.B.

Nicht recht klar ist das Vorbringen von Scherer[19] gegen Rathenau.

Scherer hält es für denkbar, dass der alte Gläubiger (Cedent) ein Interesse an dem Fortbestande der Hypothek haben könne, wenn er dem neuen Gläubiger (Cessionar) für den Eingang hafte: der alte Gläubiger kann jedoch gegen den Eigentümer nicht vorgehen, da ihm zur Geltendmachung der Hypothek keine Forderung mehr zusteht.

Nun hindert die Tatsache, dass die Hypothek als fortbestehend im Grundbuch bezeichnet ist, den Eigentümer, den Realkredit, welchen ihm das Grundstück ohne die in-

[15] Rathenau a. a. O.: S. 208. Eck: S. 298.

[16] Rathenau: S. 209.

[17] Meisner: S. 279.

[18] Engelmann: Das bürgerl. Recht, Berlin 1900, S. 150.

[19] Scherer: Gesetzgebung des deutschen Reichs, I. Teil Erlangen 1901, S. 112.

haltslose Belastung gewähren würde, in vollem Umfange auszunutzen, während andererseits der Gläubiger an der formalen Aufrechterhaltung der Hypothek, da er einen persönlichen Anspruch nicht mehr geltend machen kann, ein berechtigtes Interesse nicht haben kann.[20]

Wie soll der Eigentümer diese Hypothek aus der Welt schaffen?

Nehmen wir an, es ist für X eine Höchstbetragshypothek zu 6000 M. zur Sicherung der aus der Geschäftsverbindung mit N entstehenden Ansprüche auf dem Anwesen des N eingetragen. X und N haben diese Geschäftsverbindung gelöst und X hat daraufhin die entstandene Forderung von 4000 M. ohne Hypothek an Z abgetreten. Es steht somit fest, dass dem X Forderungen, die in der Hypothek Sicherung finden können, nicht mehr zustehen und dass solche Forderungen nicht mehr zur Enstehung gelangen.

Ein Recht des Gläubigers, Befriedigung wegen einer Forderung aus dem Grundstück zu suchen, besteht also nicht mehr und kann nicht mehr entstehen.

Der Inhalt des Grundbuchs steht demnach in Ansehung eines Rechts an dem Grundstück mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklang.

Lässt also der Gläubiger nicht selbst die Hypothek löschen, so kann der Eigentümer, dessen Recht sicher durch den noch vorhandenen Eintrag des nicht mehr bestehenden Rechts beeinträchtigt ist, von dem Gläubiger die Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs verlangen.

§ 894 B.G.B., § 894 C.P.O., § 22 G.B.O.

IV. Die Forderung kann bei unserer Hypothek in gleicher Weise wie bei jeder Sicherungshypothek nach § 1154 Abs. 3 B.G.B. — also durch Einigung und Eintragung im Grundbuch — mit der Wirkung übertragen werden, dass auch der entsprechende Betrag der Hypothek auf den neuen Gläubiger übergeht §§ 873, 1153 B.G.B.

[20] Motive Bd. III, S. 724.

Da der Gläubiger nicht mehr Rechte übertragen kann, als er selber hat, so geht die mit der Forderung an den neuen Gläubiger gelangende Hypothek als Höchstbetragshypothek über.[21]

Dagegen wird bei Abtretung einer dem Betrage nach bestimmten Einzelforderung mit der entsprechenden Hypothek, die abgetretene Hypothek zur gewöhnlichen Sicherungshypothek.[22]

Nach Predari[23] schliesst eine derartige Abtretung die Abrede der Umwandlung der Höchstbetragshypothek in eine gewöhnliche Hypothek zum Betrage der Einzelforderung in sich.

Je nach der Höhe der abgetretenen Forderung vermindert sich auch die Haftungsgrenze des Grundstücks für den zedierenden Gläubiger. Auch wenn der neue Gläubiger befriedigt wird, ist ein Rückfall der Hypothek an den Zedenten ausgeschlossen, vielmehr erwirbt der Eigentümer nach § 1163 Abs. 1 u. 2 zu diesem Betrage die Hypothek.[24]

Der zedierende Gläubiger kann dadurch benachteiligt werden, dass die ihm verbleibende Hypothek nicht mehr im stande ist, eine volle Befriedigung für sein Schlussguthaben zu gewähren.[25]

Ausgeschlossen ist die Übertragung einer einzelnen Forderung mit der Hypothek, wenn nach dem Willen der Parteien im Begründungsvertrage oder nach der Natur des zu grunde liegenden Rechtsverhältnisses nur die Forderung, die sich bei Beendigung der Geschäftsverbindung ergibt (Schlussguthaben) sicher gestellt werden sollte.

---

[21] So jetzt auch Planck, S. 714 (anders in 1. u. 2. Auflage Bd. III, S. 624: Durch die Eintragung der Abtretung im Grundbuch und den Übergang der Hypothek auf den neuen Gläubiger erhält die Hypothek den Charakter einer gewöhnlichen Sicherungshypothek.)

[22] Planck: S. 714.

[23] Predari: S. 233.

[24] Motive Bd. III, S. 769

[25] Dernburg: Sachenrecht: S. 710. Oberneck: S. 961. Turnau-Foerster: S. 837. Staudinger: S. 525. Kammergericht: 20. Januar 1902. Rspr. Bd. 4, S. 322.

Die einzelnen während der Dauer des Rechtsverhältnisses entstehenden Forderungen haben hier keine Selbstständigkeit.[26]

[26] Motive Bd. III, S. 769 und 619. Biermann, S. 418. Fuchs: S. 621. Oberneck: S. 961. Staudinger: S. 525.

§ 10. I. Feststellung der Forderung.

1. Erfolgt die nach § 1190 B.G.B. vorbehaltene Feststellung der Forderung, so hat sie in Ansehung der Hypothek vom Grundstückseigentümer auszugehen, gleichviel, ob er persönlicher Schuldner ist oder nicht.[1]

Ist der vom Grundstückseigentümer verschiedene persönliche Schuldner zur Feststellung nicht zugezogen, so verliert er hierdurch keine Einwendung.[2]

Will der Gläubiger in diesem Falle die Forderung gegen den persönlichen Schuldner geltend machen, so ist er beweispflichtig.

Zeigt sich bei der Feststellung, dass für den Gläubiger keine Forderung vorhanden ist, die in der Höchstbetragshypothek Sicherung finden soll, so hat der Gläubiger dem Eigentümer das Anerkenntnis, dass die Forderung kraft Gesetzes auf den Eigentümer übergegangen ist, zu erteilen oder Quittung oder Löschungsbewilligung abzugeben. Der Eigentümer kann bei Weigerung auch klagweise vorgehen.

2. Welchen Einfluss hat nun die Feststellung auf den Bestand und Charakter der Höchstbetragshypothek?

Ein bei der zweiten Lesung des B.G.B. gestellter Antrag wollte der Feststellung der Forderung unter dem eingetragenen Höchstbetrage die Wirkung beimessen, dass die Hypothek für den Überschuss als aufgehoben zu gelten habe, es sei denn, der Eigentümer habe sich die Hypothek

[1] Biermann: S 408. (abweichend 1. Auflage).
Fuchs: S. 625. Oberneck: S. 961.
Staudinger: S. 527; abweichend: Antrag 1 Protokolle Bd. III, S. 692.

[2] Predari: S. 221, der aber die Zuziehung des persönlichen Schuldners aus wirtschaftlichen Gründen empfiehlt.

für den Überschuss durch einen eingetragenen Vorbehalt reserviert.[3]

Der Antragsteller, dem hier die Kautionshypotheken des preussischen Eigentumserwerbsgesetzes vorbildlich waren, drang aber nicht durch.

Biermann[4] und Willenbuecher[5] lassen die Höchstbetragshypothek durch die Feststellung zur gewöhnlichen Sicherungshypothek werden und fordern nun eine entsprechende Bezeichnung als Sicherungshypothek im Grundbuch.

Nach Boehm[6] entsteht durch die Feststellung der Forderung und den Vormerk der Feststellung zum Grundbuch eine Verkehrshypothek.

Angenommen nun durch die Feststellung der Forderung verwandle sich die Höchstbetragshypothek in eine solche mit festem Betrage, — wie lässt sich damit die Bestimmung, dass die Zinsen in den eingetragenen Betrag eingerechnet werden müssen, in Einklang bringen?

Welche Zinsen einzurechnen sind, gleichviel ob für die Forderung Zinsen bedungen sind oder nicht, da letzterenfalls infolge des Verzugs des Schuldners gesetzliche Zinsen zu zahlen sein können, kann erst bei der Zahlung festgestellt werden.[7]

Wir werden daher einer vor der Zahlung erfolgten Feststellung eine Wirkung auf den Charakter der Höchstbetragshypothek nicht zumessen; sie bleibt ihrem Inhalt nach unverändert.

Auch entsteht durch die Feststellung der Forderung für den Eigentümer nicht die Verpflichtung die Hypothek

---

[3] Protokolle: Bd. III, S. 692.

[4] Biermann: S. 419.

[5] Willenbuecher: S. 256; ebenso Landgericht Düsseldorf: 16. XI. 1901. Juristenzeitung 1902 Bd, 7, S. 228; Matthiass: S. 183.

[6] Boehm: S. 296.

[7] Kretzschmar: Einführung in das Grundbuchrecht. Leipzig 1902, S 414.

als endgiltige gelten zu lassen und deren Umschreibung in eine endgiltige Hypothek zu bewilligen.[8]

Die Feststellung der Forderung hat lediglich Beweiswert. Es bedarf jedoch zur Erhebung der Pfand- oder Schuldklage nicht der vorherigen Feststellung der Forderung; der Gläubiger kann vielmehr den Nachweis der Forderung, der ihm obliegt, im Prozesse erbringen.[9]

Wollen die Beteiligten in Höhe des festgestellten Betrags eine feste verzinsliche Hypothek, so haben sie den Weg der Umwandlung zu wählen.

[8] Reichsgericht: 6. November 1901, Bd. 49, S. 163.
[9] Fuchs: S. 626.

II. Umwandlung der Höchstbetragshypothek.

1. Da § 1186 B.G.B. von der Anwendung auf Höchstbetragshypotheken nicht ausgeschlossen ist, so kann die Hypothek ohne Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten in eine Verkehrshypothek oder eine schlichte Sicherungshypothek [§ 1184 B.G.B.] umgewandelt werden.

Hachenburg[1] lässt § 1186 B.G.B. für unsere Hypotheken nicht gelten; denn die Höchstbetragshypothek sei eine kraft Gesetzes eintretende Sicherungshypothek und könne daher nicht in eine gewöhnliche Hypothek und Grundschuld verwandelt werden. Erst wenn der endgiltige Betrag feststehe und die Forderung als eine fixierte zum Grundbuch angemeldet sei, stehe der Umwandlung in eine andere Belastungsform nichts im Wege.

Das Gesetz spricht jedoch nur aus, dass die Höchstbetragshypothek, solange sie als solche bestehe, Sicherungshypothek sei; ein Verbot, ihr diesen Charakter durch den Willen der Parteien ebenso wie bei der Sicherungshypothek zu entziehen, besteht nicht.

[1] Hachenburg: S. 599.

Der Eigentümer ist, auch wenn bereits gegen den Schuldner ein rechtskräftiges Urteil zur Bezahlung der gesicherten Forderung vorliegt, nicht zur Bewilligung der Umwandlung verpflichtet.[2]

2. Die Umwandlung erfolgt, da sie ein sachenrechtlicher Akt im Sinne der §§ 877, 873 B.G.B. ist, durch Einigung und Eintragung.

Kuhlenbeck[3] und Boehm,[4] die von der Ansicht ausgehen, dass bei der Umwandlung die Forderung nach Grund und Betrag als objektiv feststehend anerkannt werden müsse, verlangen zur Umwandlung die Zuziehung des persönlichen Schuldners.

Die Forderung braucht jedoch nur in Ansehung der Hypothek als bestimmte angegeben zu werden; der persönliche Schuldner verliert durch die Umwandlung sein Einrederecht nicht, er braucht also zur Umwandlung nicht zugezogen zu werden.

Nur wenn der persönliche Schuldner die ohne ihn erfolgte Feststellung der Forderung genehmigt, wird sie auch für ihn bindend § 185 B.G.B.[5]

3. Es ist als eine Tatfrage zu erachten, was die Beteiligten durch die Umwandlung beabsichtigen. Sie können nur einen Teil der eingetragenen Höchstbetragshypothek umwandeln wollen, so dass der von der Umwandlung nicht betroffene Teil der Hypothek für den Gläubiger zur Sicherung weiterer zur Entstehung gelangender Forderungen dienen soll. Die Umwandlung kann auch erfolgen, weil das der Hypothekbestellung zu grunde liegende Rechts-

---

[2] Reichsgericht: 6. November 1901, Bd. 49, S. 163, anders Landgericht Düsseldorf: 16. Januar 1901, Juristenzeitung 1902, S. 228.

[3] Kuhlenbeck: S. 280.

[4] Boehm: S. 296.

[5] Biermann: S. 419.
Fuchs: S. 626.
Neumann: Handausgabe des B.G.B. Berlin 1905, S. 830.
Oberneck: S. 963.
Planck: S. 699.
Turnau-Foerster: S. 815.

verhältnis sein Ende erreicht hat, oder weil der Gläubiger erklärt, wegen weiterer Forderungen die Hypothek nicht mehr in Anspruch nehmen zu wollen und die Betheiligten sich dahin einigen, eine feste Hypothek eintragen zu lassen.

Im Entwurf I § 1134 wurde zur Umwandlung auch die Zustimmung der dem Gläubiger im Rang gleich oder nachstehenden Berechtigten erfordert.

Das B.G.B. sah von der Aufnahme einer derartigen Bestimmung ab, da ja mit der Eintragung der Höchstbetragshypothek sofort eine unbedingte Belastung entsteht und als solche gegen gleich oder nachstehende Berechtigte genau ebenso wie eine andere Hypothek wirkt.

4. Ist die Höchstbetragshypothek in eine Hypothek mit festem Betrag umgewandelt, so können nach § 1119 B.G.B. Zinsen bis zu 5 % vom Tage der Eintragung der Umwandlung ab mit dem Range der Hypothek ohne Zustimmung der im Range gleich oder nachstehenden Berechtigten eingeschrieben werden, auch wenn der Höchstbetrag mit der festen Hypothek erreicht wird.

Rückständige Zinsen können jedoch ohne Genehmigung der genannten Berechtigten nur eingetragen werden, wenn sich der Betrag des Kapitals mit den Zinsen innerhalb des Höchstbetrags hält.[6]

5. Bei der Eintragung der Umwandlung sind die für die Eintragung einer Hypothek vorgeschriebenen Angaben, soweit sie nicht in der ursprünglichen Eintragung der Höchstbetragshypothek enthalten sind, aufzunehmen.[7]

---

[6] Biermann: S. 409.
Dernburg: Sachenrecht, S. 709.
Protokolle Bd. III, S. 689.
Kammergericht: 5. November 1900, Rspr. d. OLG., Bd. 2, S. 158.
Das Reichsgericht sprach sich in dem Urteile vom 16. Mai 1881 dahin aus, dass auch bei Kautionshypotheken des preuss. Rechts mit der Umwandlung Zinsen bis zu 5 % mit dem Rang des Kapitals eingetragen werden können. Bd. 5, S. 234.

[7] Bayerische Dienstanweisung für die Grundbuchämter in den Landesteilen rechts des Rheins. § 419, S. 181.

§ 11. Verpfändung und Pfändung.

I. Für die Verpfändung einer Höchstbetragshypothek gelten keine anderen Bestimmungen als für die Verpfändung einer andern Hypothek. §§ 1274 S. 1, 1154 Abs. 3, 1153 B.G.B.

Es ist jedoch bei unserer Hypothek auch zulässig, die Forderung für sich allein nach den für die Verpfändung von Forderungen im allgemeinen geltenden Vorschriften zu verpfänden. §§ 1190 Abs. 4, 398, 1280 B.G.B.

II. Für die Pfändung von Höchstbetragshypotheken kommen zunächst die allgemeinen Vorschriften der §§ 830, 837 Z.P.O. zur Anwendung. Die Pfändung wird hienach bewirkt durch Erlassung des Pfändungsbeschlusses und Eintragung der Pfändung in das Grundbuch.

§ 837 Abs. 3 Z.P.O. enthält eine Ausnahmebestimmung für Höchstbetragshypotheken:

Beantragt der Gläubiger die Ueberweisung der Forderung ohne die Hypothek, so kann die Forderung nach den allgemeinen Vorschriften gepfändet und überwiesen werden. Der Gläubiger muss in diesem Falle schon im Pfändungsgesuche beantragen, dass ihm die Forderung ohne die Hypothek an Zahlungsstatt überwiesen werde.[1]

Die Pfändung erfolgt alsdann durch Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner. § 829 Abs. 3 Z.P.O.

III. Es ist hier auch über die Pfändung der bei Höchstbetragshypotheken eventuell entstehenden, sowie der bereits entstandenen Eigentümerhypotheken zu sprechen.

1. Strittig ist, wie die Pfändung zu betätigen ist, bei der künftigen Eigentümerhypothek kommt aber noch die weitere Frage hinzu, ob die Natur dieser Hypothek nicht die Pfändung überhaupt verbietet.

Bei Beantwortung dieser letzteren Frage ist davon auszugehen, dass alles Vermögen, das dem Schuldner, wenn

[1] Petersen: Zivilprozessordnung, II. Bd, Lahr 1901, S. 499.

auch nur bedingt oder betagt gehört, grundsätzlich der Zwangsvollstreckung unterliegt.

Zählt man die vorläufige Eigentümerhypothek zu den „künftig möglichen" Rechten, dann kann man zu einer Bejahung der Frage nur kommen, wenn man den Ausführungen des Reichsgerichts in der Entscheidung vom 29. September 1903 [2] beipflichtet und eine Vorausverfügung über künftig mögliche Forderungen im absoluten Sinn für zulässig erachtet.

Darnach müsste man dann auch eine Vorausverfügung über „künftige Rechte" für statthaft und solche Rechte für pfändbar erklären.[3]

Das bayerische oberste Landesgericht,[4] das die Auffassung des Reichsgerichts teilt, beruft sich auf § 185 Abs. 2 B.G.B.: Da nach dieser Bestimmung die Verfügung eines Nichtberechtigten wirksam wird, wenn der Verfügende den Gegenstand der Verfügung erwirbt, so sei hieraus die Absicht des Gesetzgebers zu entnehmen, dass er auch der Verfügung des künftig Berechtigten für die Zeit, zu der der Verfügende das Recht erlangt, nicht grundsätzlich versagen wollte.

Erblickt man in der vorläufigen Eigentümerhypothek ein vollwertiges, wenn auch sehr eigenartiges absolutes Recht auf Rechtserwerb, ein Recht, das — wenn auch nur bedingt — bereits zum Vermögen des Eigentümers gehört, und nicht nur eine Hoffnung auf künftigen Erwerb, so wird man ohne weiteres die Pfändung auch der künftigen Eigentümerhypothek für statthaft erachten.[5]

---

[2] Reichsgericht. Bd. 55, S. 334.
a. M. Gruchot, Bd. 25, S. 982.

[3] Seuffert: Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. II, München 1905, S. 535.

[4] Beschluss vom 23. Juni 1905. Zeitschr. f. Rechtspfl. in Bayern. 1905, S. 350.

[5] Hirsch a. a. O. S. 246.
OLG. Jena: 30. Juli 1901. Rspr. d. OLG., Bd. 3, S. 198.
Für die Möglichkeit der Pfändung der künftigen Eigentümerhypothek:

2. Für den Vollzug der Pfändung zeigen sich uns zwei Wege, — die Pfändung nach § 857 Abs. 1 und 2 Z.P.O. oder nach Abs. 6 dieses Paragrafen.

Verschiedene Schriftsteller wollen die Pfändung nach § 857 Abs. 1 und 2 Z.P.O. bewirkt sehen.

Die Pfändung wäre dann mit der Zustellung des Gebots an den Schuldner, sich jeder Verfügung über das Recht zu enthalten, vollzogen.

Diese Behandlung der Eigentümerhypothek bei der Pfändung resultiert aus der Lehre, dass die Eigentümerhypothek überhaupt keine Hypothek oder Grundschuld sei, vielmehr — nach Hirsch[6] — die zu bestimmtem Teil und Rang im Grundbuch verlautbarte Surrogationsbefugnis des Eigentümers, nach Oberneck[7] die Befugnis des Eigentümers, vermöge des formalen Fortbestandes der Hypothek über den zu Gunsten eines Anderen ausgeschiedenen und kraft Gesetzes ihm wieder anheimgefallenen Wertteil seines Grundstücks zu verfügen. Darnach erscheinen die Eigentümerhypotheken als nicht zum unbeweglichen Vermögen gehörige Vermögensrechte im Sinne des Abs. 1 § 857 Z.P.O.

Hirsch[8] und Predari[9] wollen aber nur, dass bei Pfändung der eventuellen Eigentümerhypothek § 857 Abs. 2 Z.P.O. zur Anwendung kommen solle, während für die Pfändung bereits entstandener Eigentümerhypotheken § 857 Abs. 6 Z.P.O. gelten solle.[10]

Planck: S. 674. Predari: S. 303.

Kammergericht: 16. Februar 1905. Rspr. d. OLG. Bd. X, S. 388.

Landgericht München: 23. Mai 1905. (Zeitschr. für Rechtspflege in Bayern Nr. 11, S. 287.

Das Reichsgericht hat in der Entscheidung vom 18. Oktober 1905 (Zeitschr. f. Rechtspfl. in Bayern 1905, Nr. 23, S. 490) die Frage offen gelassen.

[6] Hirsch: S. 246.

[7] Oberneck a. a. O. § 113, 114.

[8] Hirsch: S. 247.

[9] Predari: S. 303.

[10] Für die Pfändung der Eigentümerhypotheken nach Absatz 2 § 857 Z.P.O :

Gaupp-Stein: Zivilprozessordnung, 5. Aufl., II. Bd., S. 635.

Die Entscheidung des Reichsgerichts vom 12. April 1899[11] kann zur Lösung der Frage nicht herangezogen werden, da sie vor der Prozessnovelle von 1898 ergangen ist.

Wenn nun auch das Verfahren nach Absatz 1 und 2 § 857 Z.P.O. praktisch einfacher und geeigneter erscheint, so muss doch nach der Fassung des Absatzes 6 § 857 und nach der Entstehungsgeschichte dieses Paragrafen angenommen werden, dass der Gesetzgeber die Pfändung der Eigentümerhypothek nach Abs. 6 § 857 Z.P.O. betätigt wissen wollte.

Die Eigentümergrundschuld ist allerdings in der ersten Fassung des Abs. 6 mit aufgezählt, während sie im Gesetz selbst nicht aufgeführt ist.

Der Gesetzgeber hatte indessen, wie das Reichsgericht in dem Urteile vom 17. Oktober 1903[12] überzeugend ausführt, keinen Anlass angesichts der §§ 1177 und 1291 B.G.B. die Eigentümergrundschuld in Abs. 6 aufzunehmen, da er sie unter der Bezeichnung Grundschuld als mitbegriffen ansah; auch die Eigentümergrundschuld ist eine Grundschuld. § 1196 B.G.B.

Den Einwand, dass bei der Eigentümerhypothek ein Drittschuldner nicht vorhanden sei,[13] weist das Reichsgericht damit zurück, dass das Gesetz in Abs. 6 schlechthin von der Zwangsvollstreckung „in eine Grundschuld" spreche und dabei nicht unterschieden werden könne, ob die Grundschuld einem Dritten oder dem Eigentümer des Grundstücks zustehe.

Auch Hirsch[14] bemerkt, dass das Gesetz in allen Stücken die Eigentümerhypothek als Grundschuld behandelt wissen wollte.

Petersen: Zivilprozessordnung, Lahr 1901, S. 487, 537.
Struckmann-Koch: Zivilprozessordnung, Berlin 1900, S. 939.
OLG. Celle: 4. Nov. 1901, Rspr. d. OLG. Bd. 4, S. 74.

[11] Reichsgericht, Bd. 43, S. 427.

[12] Reichsgericht Bd. 55, S. 379; das Reichsgericht verweist auf die Protokolle Bd. VI, S. 727.

[13] Gaupp-Stein: S. 640.

[14] Hirsch: S. 246.

Eine Unterscheidung zwischen der Pfändung der Eigentümerhypothek und der künftigen Eigentümerhypothek zu machen, erscheint nicht berechtigt. Auch bei der zukünftigen Eigentümerhypothek soll durch die Pfändung — wie Planck[15] zutreffend ausführt — die Eigentümerhypothek als solche getroffen werden; an ihr will der Gläubiger ein Pfändungspfandrecht im voraus erwerben.

Wir kommen zu dem Schlusse, dass die Pfändung der Eigentümerhypotheken nach Abs. 6 § 857, Abs. 1 u. 3 § 830 Z.P.O. zu erfolgen habe und hiezu die Eintragung ins Grundbuch erforderlich ist.[16]

III. Erachtet man nun die Eintragung der Pfändung ins Grundbuch für notwendig, so bietet neue Schwierigkeiten § 40 der Grundbuchordnung.

Darnach soll eine Eintragung nur erfolgen, wenn derjenige, dessen Recht durch sie betroffen wird, als der Berechtigte eingetragen ist.

Dieser Bestimmung des § 40 G.B.O. gehen das Kammergericht in dem Beschlusse vom 11. Juli 1900[16] und das Oberlandesgericht Jena in dem Beschluss vom 31. Juli 1901[17] dadurch aus dem Wege, dass sie den eingetragenen Eigentümer eines Grundstücks, das mit Hypotheken belastet ist, als eventuell eingetragenen Berechtigten der ihm nach § 1163

---

[15] Plank: S. 674.

[16] Vgl. Bruck: S. 235. Freudenthal: Z.P.O. München 1900 S. 690.
Fuchs: S. 492.
Planck: S. 676.
Predari: S. 302.
Seuffert: S. 538.
OLG. Dresden: 26. Februar 1903. Rspr. d. OLG. Bd. 7, S. 315.
OLG. Colmar: 12. Juni 1903. „ „ „ „ 6, S. 134.
OLG. Dresden: 1. Dezember 1902. / 9. März 1903. „ „ „ „ 6, S. 401, 403.
Reichsgericht: 17. Oktober 1903, Bd. 55, S. 378.
„ 11. November 1903, Bd. 56, S. 10.
„ 12. Dezember 1903, Bd. 56, S. 184.

[16] Rspr. d. OLG. Bd. I, S. 303.

[17] Rspr. d. OLG. B. III, S. 198.

B.G.B. zufallenden Eigentümerhypotheken betrachten und die Eintragung einer Verfügung über die Hypothek — Löschung oder Abtretung — nicht von seiner vorherigen Eintragung als Gläubiger der Eigentümerhypothek abhängig machen; was von der Löschung und Abtretung gelte, müsse selbstverständlich von der Pfändung gelten.

Auch das bayerische Oberste Landesgericht nimmt diesen Standpunkt ein und führt zur Begründung seiner Ansicht folgendes aus:[18]

Da die Hypothek von vornherein vermöge ihres Inhalts die Bestimmung habe, Eigentümerhypothek zu werden, so stehe bei ihr hinter dem Gläubiger als zweiter Berechtigter der Eigentümer, ohne dessen Zustimmung sie deshalb nach § 27 Abs. 1 G.B.O. nicht gelöscht werden dürfe. Demgemäss sei die Eintragung der Hypothek als Eintragung eines Rechts mit zwei Berechtigten, einem gegenwärtigen, dem Gläubiger und einem zukünftigen dem Eigentümer zu verstehen. Der gegenwärtige Berechtigte werde in der Eintragung angegeben, in Ansehung des künftigen verweise die Eintragung auf die Eintragung des Eigentümers, durch die sie insoweit ergänzt werde. Das oberste Landesgericht nimmt an, dass damit der Vorschrift des § 40 G.B.O. genüge geleistet ist. (Dieselbe Anschauung finden wir bei Hirsch[19] über die Pfändung bereits entstandener Eigentümerhypotheken.) Den Ausführungen des obersten Landesgerichts entgegen erklären das Landgericht-München in dem Beschlusse vom 23. Mai 1905[20] und das Kammergericht in dem Beschlusse vom 9. März 1903,[21] dass dem B.G.B. das Nebeneinanderbestehen zweier Hypothekrechte, nämlich der zu Tage liegenden Hypothek des Gläubigers und daneben einer zur Zeit latenten Hypothek des Grundstückseigentümers fremd sei; solange der Grundstückseigentümer die

---

[18] Beschluss vom 23. Juni 1905. Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1905, S. 351.

[19] Hirsch: S. 246.

[20] Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern. 1. Jahrg. Nr. 12, S. 287.

[21] Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts, Bd. 26, S. 145.

Hypothek nicht als Eigentümerhypothek erworben habe, könne er nicht mit sachenrechtlicher Wirkung über dieselbe verfügen; die Eigentümerhypothek entstehe erst mit dem Zeitpunkt des § 1163 B. G. B. Vorher könne, — so bemerkt das Kammergericht in dem Beschluss vom 16. Februar 1905,[22] der zur Verweisung der Frage an das Reichsgericht seitens des Obersten Landesgerichts veranlasst hat — der Grundstückseigentümer mit sachenrechtlicher Wirkung über die zukünftige Eigentümerhypothek nicht verfügen, also insbesondere die für den Fall des Anfalls der Hypothek getroffene Verfügung zu Gunsten Dritter nicht durch Eintragung ins Grundbuch dinglich sichern; dem Pfändungsgläubiger stünden aber nicht mehr Rechte zu, wie dem Grundstückseigentümer.

Die Entscheidung der Frage hängt, wenn man sich für die Zulässigkeit der Pfändung auch künftiger Eigentümerhypotheken entschieden, lediglich von der richtigen Auslegung des § 40 G.B.O. ab.

Das Reichsgericht hat in dem Beschluss vom 18. Okt. 1905[22] nicht den engherzigen Standpunkt eingenommen, dass auch dann der Vorberechtigte zuerst eingeschrieben werden müsse, wenn von dem jetzt Berechtigten freiwillig oder von seinem Vollstreckungsgläubiger gemäss § 14 G.B.O. die Urkunden, aus denen unzweifelhaft der Rechtsübergang erhellt, beigebracht sind, sondern erklärt, dass in diesem Falle ein einziger Eintrag über die Rechtsänderung genüge. Man wird aber den Ausführungen des Reichsgerichts zustimmen, wenn es unter dem Berechtigten einen endgiltig und bestimmt, aber nicht einen nur eventuell Berechtigten, wie z. B. den, der möglicherweise künftig Eigentümerhypothekar wird, verstanden wissen will: „Berechtigter" im Sinne der Grundbuchgesetzgebung könne eben nur der schon jetzt endgiltig Berechtigte sein.

Das Reichsgericht hält aber weiter die Eintragung der Pfändung künftiger Eigentümerhypotheken auch aus Gründen, die sich aus dem Wesen und Zweck der Grundbuch-

[22] Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1905, Nr. 23, S. 491.

gesetzgebung ergeben, für unmöglich: Hauptzweck des Grundbuchs sei, dass sichere Rechtsverhältnisse für unbewegliche Sachen geschaffen werden sollen. Wolle man die Eintragung der Übertragung oder Pfändung der künftig möglichen Eigentümerhypotheken — die sich als höchstbedingt, häufig überhaupt nicht oder doch nicht in absehbarer Zeit zu verwirklichende Rechte darstellen — gestatten, so würde dies eine höchst nachteilige Anfüllung des Grundbuchs, dessen Unübersichtlichkeit und eine Rechtsverwirrung nach sich ziehen.

Es kann also wohl die Pfändung von Eigentümerhypotheken, bei denen die Entstehung durch öffentliche Urkunden nachgewiesen wird, eingetragen werden, wogegen für die Eintragung der Pfändung künftiger Eigentümerhypotheken das Grundbuch verschlossen bleibt. Die Pfändung der künftigen Eigentümerhypothek kann nicht vollzogen werden.

4. Der Gläubiger kann zwar den Anspruch des Eigentümers auf Berichtigung des Grundbuchs pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen, dadurch entsteht aber noch kein Pfandrecht an der Eigentümerhypothek.[23]

Der Gläubiger kann aber in Ansehung der Eigentümerhypothek — wenn er die Entstehung nicht durch öffentliche Urkunden nachzuweisen vermag oder eine Umschreibung noch nicht erfolgt ist — einen Pfändungsbeschluss erwirken und bei dem Grundbuchamt die Eintragung dieser Pfändung in das Grundbuch für den Fall beantragen, dass die Umschreibung erfolgt und sich hiedurch den Vorrang vor späteren Pfändungen sichern; denn eine später beantragte Eintragung einer Pfändung für einen andern Gläubiger dürfte nicht vor Erledigung des früher gestellten Antrags erfolgen. § 17 G.B.O.

Wollen die Gläubiger des Eigentümers verhindern, dass weitere Forderungen, die in der Hypothek Sicherung finden, zur Entstehung gelangen, so können sie das nur

[23] Gaupp-Stein: S. 635.
Seuffert: S. 538.

auf dem Weg einer einstweiligen Verfügung oder eines Konkursantrags.[24]

Auf andere Weise kann das zwischen dem Eigentümer und dem Gläubiger bestehende Rechtsverhältnis keine Änderung erleiden.

Dies nimmt auch die Rechtsprechung an, soweit sie die Vorausverpfändung der künftigen Eigentümerhypothek für statthaft und möglich erachtet, so dass der Eigentümer, wenn ein Kreditverhältnis zu grunde liegt, durch weitere Ausnutzung des gewährten Kredits die gepfändete Eigentümerhypothek wertlos machen kann.[25]

Insbesondere kann aber ein Dritter nicht das Recht des Schuldners auf fernere Ausnutzung des Kredits pfänden und sich überweisen lassen, um alsdann dieses Recht aufzugeben und auf diese Weise die Entstehung weiterer Forderungen des Sicherungsgläubigers zu verhindern; denn wie das Reichsgericht in dem Urteile vom 19. März 1902[26] zutreffend ausführt, ist die Krediteinräumung höchst persönlicher Natur und kann ohne Zustimmung des Gläubigers nicht übertragen werden; ausserdem würde die Pfändung des Kreditrechts sich als ein Eingriff in die Rechte des Schuldners darstellen, die ihm vermöge seiner Geschäftsfähigkeit zustehen — ein derartiger Eingriff ist aber unzulässig.

§ 12. Die Höchstbetragshypothek in der Zwangsversteigerung.

I. Die eigenartige Natur unserer Hypothek hat auch hinsichtlich ihrer Behandlung bei der Zwangsversteigerung zu Meinungsdifferenzen Anlass gegeben.

So wird schon der Beschlagnahme verschiedene Wirkung auf das Verhältnis zwischen Schuldner und Hypothekar zugeschrieben.

---

[24] Willenbuecher: S. 256.

[25] OLG. Jena: 31. Juli 1901. Rspr. d. OLG., Bd. 3, S. 201.

[26] Reichsgericht: Bd. 51, S. 115.

Boehm[1] versagt dem Schuldner das Recht von der Beschlagnahme an den ihm eingeräumten Kredit weiter auszunutzen; eine Ausnahme soll Platz greifen, wenn der Schuldner schon vor der Beschlagnahme derart gebunden war, dass die Entstehung der Forderung nicht mehr von seinem Willen abhing.

Das Reichsgericht hat in der Entscheidung vom 27. September 1890 (Band 27 S. 174) zu dieser Frage nicht direkt Stellung genommen.

Gegen die Ansicht von Boehm, nach der durch die Beschlagnahme den Beteiligten ein von ihnen erworbenes Recht entzogen würde, wenden sich fast übereinstimmend Theorie und Praxis, indem sie dem Eigentümer auch nach der Beschlagnahme das Recht zusprechen, neue Forderungen, die in der Höchstbetragshypothek Sicherung finden, bis zur Kaufgeldverteilung zur Entstehung zu bringen, so dass die Hypothek nachträglich wirksam wird.[2]

Anders verhält es sich im Konkursverfahren.

Da der Kautionshypothekar nach Eröffnung des Konkurses Rechte an einem Grundstücke mit Wirksamkeit gegen die Konkursgläubiger nicht erwerben kann § 15 K.O., so hat er auch als Grundstückseigentümer nicht das Recht, eine zur Zeit der Konkurseröffnung nicht valutierte Höchstbetragshypothek der Masse durch nachträgliche Valutierung zu entziehen.

Nur der Konkursverwalter kann den Höchstbetrag durch Forderungen ausfüllen § 6 K.O.[3]

II. Eine weitere vielumstrittene Frage ist die, ob es sich bei Höchstbetragshypotheken um einen Anspruch von

---

[1] Boehm: S. 296.

[2] Dernburg: Preuss. Hypothekenrecht, S. 202.
Staudinger: S. 524. Turnau-Foerster: S. 834.
v. d. Pfordten: S. 77. Scherer: S. 318.
Kretzschmar: S. 417.
OLG. Königsberg, Rspr. Bd. 4, S. 195.
Reichsgericht: 17. April 1886. Bolze: Die Praxis des Reichsgerichts, Bd. III, S. 37.

[3] Jaeger: Kommentar zur Konkursordnung. Berlin 1904, S. 401.

unbestimmtem Betrage im Sinne des § 14 Z.V.G., also ein durch die Feststellung des Betrags aufschiebend bedingtes Recht handelt.

Bei bejahender Antwort finden §§ 50 Abs. 2 S. 1, 119, 120 Z.V.G. Anwendung.[4]

Hiernach würde sich das Schicksal der Höchstbetragshypothek bei der Zwangsversteigerung folgendermassen gestalten.

Bleibt die Hypothek bestehen, so fällt dieselbe, soweit die zu sichernde Forderung nicht besteht dem Ersteher oder seinem Rechtsnachfolger zu.

Der Ersteher hat nach § 50 Abs. 1 S. 1 die Zahlungspflicht; der von ihm bezahlte Betrag fällt an die im Teilungsplan benannten Berechtigten. § 125 Z.-V.-G. Es kommen hier diejenigen in Betracht, die wegen der vollen Berücksichtigung der Hypothek zunächst nicht haben zur Deckung kommen können.

Erlischt nach § 91 Z.-V.-G. die Hypothek durch den Zuschlag, liegt sie aber noch innerhalb des Bargebots, so ist der vom Hypothekgläubiger nicht in Anspruch genommene Theil der Hypothek dem im Range nachfolgenden Gläubiger zuzuweisen.

Die Unmöglichkeit der Entstehung einer Eigentümerhypothek wird damit begründet, dass mit dem Erlöschen der Hypothek durch den Zuschlag eine Hypothek, die sich

---

[4] Diesen Vorschriften unterstellen die Höchstbetragshypothek:
Dernburg: Sachenrecht. S. 710.
Neumann: Handausgabe des B.G.B. Berlin 1905, S. 830. Kretzschmar: S. 416.
OLG. Dresden: 4. Juli 1902, Rspr. Bd. 5, S. 334; 7. März 1902. Rspr. Bd. 4, S. 377; 5. Dezember 1902, C. f. f. G., Bd. 3, S. 467.
Wolf: Reichsgesetz über Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. Berlin 1899, S. 46; früher: Reinhard: das Recht. 1902. S. 31.
Jaeckel: Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. Anm. 2 z. § 14;
Schreiber: Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozess, Bd. 13, S. 327.

in eine Eigentümerhypothek verwandeln könnte, überhaupt nicht mehr vorhanden sei.[5]

Dabei ist aber übersehen, dass auch die nachfolgenden Gläubiger den freigewordenen Betrag nicht erhalten könnten, da ja auch ihre Hypotheken erloschen sind.

Das Reichsgericht[6] weist darauf hin, dass der Versteigerungserlös an die Stelle des Grundstücks tritt und dass vermöge dieser Surrogation dieselben Ansprüche, die aus dem Grundstücke ihre Befriedigung hätten suchen dürfen, nun auf dem Versteigerungserlös haften und aus ihm zu befriedigen sind.[7]

Ist nun diese Unterstellung der Höchstbetragshypothek unter § 14 Z.V.G. und die daraus folgende Behandlung gerechtfertigt?

Sicher nicht!

Die Hypotheken nach § 1190 B.G.B. sind bestimmte und unbedingte Belastungen; sie sind Ansprüche von bestimmtem Betrage. Nicht der Geldbetrag der Belastung ist bei ihnen ungewiss, sondern nur die Person des Berechtigten (Gläubiger oder Eigentümer)?[8]

---

[5] So namentlich

Dernburg: S. 710.

Kretzschmar: S. 416.

OLG. Dresden: 7. März 1902. Rspr. Bd. 4, S. 377.

[6] Reichsgericht: 15. Juni 1903, Bd. 55, S. 223.

[7] Kretzschmar, S. 416, gibt dem Eigentümer einen Anspruch auf den Versteigerungserlös, insoweit, als das Nichtbestehen einer unter die Hypothek fallenden Forderung bereits vor dem Zuschlage feststand; diese Tatsache könne das Vollstreckungsgericht nur annehmen, wenn eine entsprechende Umschreibung der Hypothek auf den Eigentümer erfolgt sei oder wenn die andern beteiligten Berechtigten ihre Bewilligung zur Auszahlung des Betrags an den Eigentümer gegeben haben.

[8] Steiner: Gesetz über Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, München 1905, S. 48.

Meyer: Zeitschrift für das Notariat und für die freiwillige Rechtspflege in Bayern. N. F. 5. Jahrgang, 1904, S. 73.

v. d. Pfordten: Kommentar zum Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, München 1905, S. 136.

Planck: S. 716.

Es ist hier von Interesse, der Entstehungsgeschichte der §§ 50 und 14 Z.V.G. nachzugehen.

Der Entwurf I zum Z.V.G. enthielt zu der Vorschrift des jetzigen § 50 noch in § 71 Abs. 1 den Zusatz: Im Sinne dieser Vorschrift gilt eine Hypothek für eine Forderung von unbestimmtem Betrage als aufschiebend bedingt durch die Feststellung des Betrags.

Die Motive des ersten Entwurfs geben hiezu eine entsprechende Erläuterung.

Lafrenz[9] weist mit Recht darauf hin, dass es falsch wäre, wollte man daraus, dass Entwurf II den erwähnten Satz des § 71 Entwurf I nicht mehr aufgenommen hat, schliessen, dieser Satz sei mit Rücksicht auf die allgemeinen Bestimmungen des § 14 Z.V.G. als entbehrlich gestrichen. (So früher Jaeckel Anm. 4 zu § 50.)

Der Wegfall dieses Satzes ist vielmehr darauf zurückzuführen, dass der Charakter der Kautionshypothek in den Entwürfen des B.G.B. wesentlich geändert wurde.

Während die Sicherungshypothek im I. Entwurf des B.G.B. wirklich als eine bedingte Hypothek erscheint §§ 1128, 1192, wurden im II. Entwurf § 1093 die Vorschriften über die Eigentümerhypotheken auf Sicherungshypotheken mit der Begründung erstreckt — eine Kautionshypothek gelte im Verkehr ebensoviel wie eine feste.

Die Kautionshypothek erscheint also nicht mehr als ein bedingtes Recht; diese Veränderung ihres Charakters kommt auch im Zwangsversteigerungsgesetz zum Ausdruck.

Für die Behandlung der Höchstbetragshypothek bei der Zwangsversteigerung gilt demnach folgendes:

Ist die Hypothek in das geringste Gebot aufgenommen, so bleibt sie als Höchstbetragshypothek für den bisherigen Gläubiger bestehen. § 52 Z.V.G.

Soweit Forderungen nicht entstanden sind, fällt die Hypothek an den Eigentümer; erlöschen Forderungen nach

---

[9] Lafrenz, Gruchot: Bd. 46, S. 335.

dem Zuschlag, so fällt dieser Betrag an den Ersteher; eine Ersatzzahlungspflicht hat der Ersteher aber nicht.

§ 50 Abs. 2 S. 1 gilt nur für „bedingte“ Rechte und Abs 1 kommt nur in Anwendung, soweit eine Hypothek nicht besteht.[10]

Das trifft aber bei unseren Hypotheken nicht zu.[11]

Ist die Höchstbetragshypothek nicht in das geringste Gebot aufgenommen, so erlischt sie mit dem Zuschlag. §§ 91, 52 Z.V.G. Liegt sie noch innerhalb des Bargebots, so ist der Betrag, der vom Gläubiger nicht in Anspruch genommen wird, dem Eigentümer zuzuweisen.

Würde man diesen Betrag dem erstausgefallenen Nachhypothekar zusprechen, so würde man damit auch das Interesse der gleich- oder nachstehenden Berechtigten an der möglichst geringen Inanspruchnahme der Hypothek seitens der Gläubiger anerkennen; dies würde aber den grundlegenden Prinzipien, wie sie im Entwurf II B.G.B. zum Ausdruck kommen, widersprechen.

Wie Koch a. a. O. bemerkt, kann der Nachteil, den die Nachhypothekare durch Zuweisung des Betrags an den Eigentümer erleiden, in den Fällen, in welchen ein nachfolgender Hypothekgläubiger Ansteigerer ist, dadurch gehoben werden, dass dieser der Forderung des Subhastaten aus seiner Eigentümerhypothek gegenüber gemäss § 387 ff. B.G.B. mit seiner nicht zum Zuge gekommenen Forderung aufrechnet.

---

[10] Oberneck: Reichsgrundbuchrecht, S. 960.

[11] So: Fuchs, S. 623. v. d. Pfordten: S. 136.
Willenbücher: S. 257.
Turnau-Foerster: S. 839, 840.
Koch: Zur Behandlung der Kautionshypothek im Zwangsversteigerungsverfahren, Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, Nr. 20, S. 425.
Steiner: S. 106.
jetzt auch: Reinhard: C. f. f. G., Bd. 4, S. 462.
Jaeckel: C. f. f. G., Bd. 4, S. 203.
Jaeckel: Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. Berlin 1904, S. 64.

III. Wir kommen zu der Frage, wie die Auszahlung des auf die Hypothek entfallenden Betrags zu erfolgen hat.

Fuchs S. 623 geht hier davon aus, dass nach § 114 Z.V.G. die Aufnahme in den Teilungsplan nach dem Inhalt des Buchs zu erfolgen habe und dazu gehöre auch die Person des Berechtigten; der Vollstreckungsrichter könne, solange kein Widerspruch erfolge, den eingetragenen Kautionshypothekar als den Empfangsberechtigten erachten und ihm den auf die Hypothek entfallenden Betrag, wenn kein Widerspruch erfolge, auszahlen.

Dem gegenüber betont Jaeckel,[12] dass eine Auszahlung an den Hypothekar nur erfolgen könne, wenn Subhastat und Hypotekar im Verteilungstermin erscheinen und die Forderung feststellen; der Schuldner müsse das Liquidat ausdrücklich anerkennen; dieses Anerkenntnis werde nicht dadurch ersetzt, dass der Schuldner im Termin ausbleibe oder keine Erklärung abgebe, da es dann an der nach § 1190 B G.B. erforderlichen Feststellung fehle.

Wir werden bei Beantwortung der Frage zunächst unterscheiden, ob ein Besitzwechsel stattgefunden hat, oder ob seit Eintragung der Hypothek bis zum Zuschlage stets der Schuldner Eigentümer gewesen ist.[13]

Im letzteren Falle kann eine Auszahlung dann sofort erfolgen, wenn Eigentümer und Hypothekar im Termin die Forderung gegenseitig feststellen; der vom Hypothekar nicht in Anspruch genommene Betrag fällt an den Eigentümer.

Kann jedoch im Termine eine genaue Feststellung der Forderung nicht erfolgen, so dürfte der von Lafrenz[14] vorgeschlagene Weg der zweckentsprechendste sein.

Darnach ist der auf die Hypothek entfallende Betrag nach Analogie der Bestimmung des § 119 Z.V.G. über bedingte Ansprüche zu behandeln und der Betrag einzustellen

---

[12] Jaeckel: Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, S. 409.
[13] Jaeckel: C. f. f. G, Bd. 4, S. 208.
[14] Lafrenz: Gruchot, Bd. 46, S. 344.

für den eingetragenen Gläubiger unter der Bedingung, dass er seine Forderung beweist, für den Schuldner unter der Bedingung, dass dieser Beweis nicht erbracht wird.

Die weitere Behandlung ist dann Sache der Hinterlegungsstelle, bei welcher der Betrag unter den angegebenen Bedingungen hinterlegt ist.

Hat ein Besitzwechsel stattgefunden und hat man mit mehreren nacheinanderfolgenden Eigentümern zu rechnen, — wurden ausserdem während des Bestehens des Rechtsverhältnisses Abzahlungen geleistet und neue Verbindlichkeiten eingegangen, so bieten sich grosse Schwierigkeiten für den Vollstreckungsrichter.

Das Vollstreckungsgericht wird in diesem Falle seiner Aufgabe am ersten gerecht werden, wenn es ein Verfahren nach § 135 Z.V.G. einleitet und den Betrag für den unbekannten Berechtigten hinterlegt. § 126 Z.V.G.[13]

[13] Jaeckel: C. f. f. G, S. 208.
Lafrenz: Gruchot 46, S. 344.